الهداية

شرح بداية المبتدي

لشيخ الإسلام

برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

اعتنى به وعلق عليه

عبد السلام عبد الهادي شنار

طبعة مقابلة على عدة نسخ خطية

المجلد الرابع

كتاب: الحجر، المأذون، الغصب، الشفعة، القسمة، المزارعة، المساقاة، الذبائح، الأضحية، الكراهية، إحياء الموات، الأشربة، الصيد، الرهن، الجنايات، الديات، المعاقل، الوصايا، الخنثى، الفهارس العامة

دار الدقاق

دار الفيحاء

الطَّبعَةُ الأولى

١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩ م



ISBN: 978-9933-531-21-8

دار الدقاق للنشر والتوزيع

سُوريَة - دِمَشق - حلبوني

هاتف: +963112246031

 : +963932509370

لبنان - بَيروت - فردان

هاتف: +9611798485

 : +96178813911

daraldkak@gmail.com

دار الفيحاء للنشر والتوزيع

سُوريَة - دِمَشق - حلبوني

هاتف: +963112238135

 : +963967509000

لبنان - بَيروت - فردان

هاتف: +9611798485

 : +96178813911

daralfaiha@hotmail.com


الهداية
شرح بداية المبتدي


بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحجر

كِتَابُ الحجر

الأسبابُ المُوجِبَةُ لِلحَجْرِ ثلاثةٌ: الصِّغَرُ، والرِّقُّ، والجُنونُ. فلا يَجوزُ تَصرُّفُ الصَّغيرِ إلَّا بإذنِ وَليِّهِ، ولا تَصرُّفُ العبدِ إلَّا بإذنِ سَيِّدِهِ، ولا تَصرُّفُ المَجنونِ المَغلُوبِ بحالٍ، ومَنْ باعَ من هؤلاءِ شيئاً وهو يَعقِلُ البيعَ ويَقصِدُهُ، فالوَليُّ بالخيارِ: إنْ شاءَ أجازَهُ إذا كانَ فيه مَصلَحَةٌ، وإنْ شاءَ فَسَخَهُ.

(كتاب الحجر[1])

قال: (الأسبابُ المُوجِبَةُ لِلحَجْرِ ثلاثةٌ: الصِّغَرُ، والرِّقُّ، والجُنونُ. فلا يَجوزُ تَصرُّفُ الصَّغيرِ إلَّا بإذنِ وَليِّهِ، ولا تَصرُّفُ العبدِ إلَّا بإذنِ سَيِّدِهِ، ولا تَصرُّفُ المَجنونِ المَغلُوبِ بحالٍ).

- أمَّا الصَّغيرُ فَلِنُقصانِ عَقلِهِ، غيرَ أنَّ إذنَ الوَليِّ آيةُ أهليَّتِهِ.

- والرِّقُّ لِرعايةِ حقِّ المَولَى كي لا يَتعطَّلَ منافعُ عبدِهِ، ولا يَملِكُ رقَبَتَهُ بتعلُّقِ الدَّينِ به، غيرَ أنَّ المولى بالإذنِ رَضِيَ بِفواتِ حقِّهِ.

- والجنونُ لا تُجامِعُهُ الأهليَّةُ، فلا يَجوزُ تَصرُّفُهُ بحالٍ، أمَّا العبدُ فأهلٌ في نفسِهِ، والصَّبيُّ تُرتَقَبُ أهليَّتُهُ، فلهذا وقَعَ الفَرْقُ.

قال: (ومَنْ باعَ من هؤلاءِ شيئاً وهو يَعقِلُ البيعَ ويَقصِدُهُ، فالوَليُّ بالخيارِ: إنْ شاءَ أجازَهُ إذا كانَ فيه مَصلَحَةٌ، وإنْ شاءَ فَسَخَهُ)؛ لأنَّ التَّوقُّفَ في العبدِ لِحَقِّ المَولَى فَيَتخيَّرُ فيه، وفي الصَّبيِّ والمَجنونِ نظَراً لهما، فَيَتحرَّى مَصلَحَتَهما فيه، ولا بدَّ أن يَعقِلا البيعَ لِيُوجَدَ ركنُ العَقدِ، فَيَنعقِدُ موقوفاً على الإجازة، والمَجنونُ

---

(١) الحجر في اللُّغة: عبارةٌ عن المَنعِ، وفي الشَّرع: هو المَنعُ عن التَّصرُّفِ في حقِّ شَخصٍ مَخصوصٍ، وهو الصَّغيرُ والرَّقيقُ والمَجنون. عناية.

وهذه المَعاني الثَّلاثَةُ تُوجِبُ الحَجْرَ في الأقوالِ دُونَ الأفعالِ، إلَّا إذا كانَ فِعلاً يَتَعَلَّقُ به حُكمٌ يَندرِئُ بالشُّبُهاتِ، كالحُدُودِ والقِصاصِ. والصَّبيُّ والمَجنُونُ لا تَصِحُّ عُقُودُهُما ولا إقرارُهُما، ولا يَقَعُ طَلاقُهُما ولا عِتاقُهما، ....

قد يَعقِلُ البيعَ ويَقصِدُهُ، وإنْ كان لا يُرجِّحُ المَصلحَةَ على المَفسَدَةِ، وهو المَعتُوهُ الذي يَصلُحُ وكيلاً عن غيرِهِ، كما بيَّنَّا في الوكالة[(١)].

فإن قيل: التَّوقُّفُ عندكم في البيع، أمَّا الشِّراءُ فالأصلُ فيه النَّفاذُ على المُباشِرِ.

قلنا: نعم، إذا وَجَدَ نفاذاً عليه، كما في شراءِ الفُضوليِّ، وهاهنا لم نَجِدْ نَفاذاً لِعَدَمِ الأهليَّةِ، أو لِضَررِ المولى فَوَقَّفناه.

قال: (وهذه المَعاني الثَّلاثَةُ تُوجِبُ الحَجْرَ في الأقوالِ دُونَ الأفعالِ)؛ لأنَّه لا مَرَدَّ لها؛ لِوُجودِها حِسّاً ومُشاهدَةً، بخلاف الأقوالِ؛ لأنَّ اعتبارَها مَوجُودَةً بالشَّرعِ، والقَصدُ مِنْ شَرطِهِ.

(إلَّا إذا كانَ فِعلاً يَتعلَّقُ به حُكمٌ يَندرِئُ بالشُّبُهاتِ، كالحُدُودِ والقِصاصِ)، فَيُجعَلُ عدمُ القَصدِ في ذلك شُبهةً في حقِّ الصَّبيِّ والمَجنونِ.

قال: (والصَّبيُّ والمَجنونُ لا تَصِحُّ عُقُودُهُما ولا إقرارُهُما) لِما بيَّنَّا[(٢)]، (ولا يَقَعُ طَلاقُهُما ولا عِتاقُهما)؛ لقوله ﷺ: «كلُّ طلاقٍ واقعٌ إلَّا طلاقَ الصَّبيِّ والمَعتُوهِ»[(٣)] والإعتاقُ يتَمَحَّضُ مَضرَّةً، ولا وُقوفَ للصَّبيِّ على المَصلحةِ في الطَّلاقِ بحالٍ لِعَدَمِ الشَّهوةِ، ولا وُقوفَ لِلوَليِّ على عدَمِ التَّوافقِ على اعتبارِ بُلوغِهِ حدَّ الشَّهوةِ، فلهذا

(١) انظر (٣/ ٣٦١) قوله: «ومن شرط الوكالة أن يكونَ الموكِّلُ ممن يملك التَّصرُّف ...».

(٢) إشارةٌ إلى قوله قبل أسطر: «والقصدُ من شَرطِه».

(٣) قال الزيلعي (٤/ ١٦١): غريبٌ بهذا اللَّفظ، وأخرج الترمذي في الطلاق، باب: طلاق المعتوه (١١٩١) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «كلُّ طلاقٍ جائزٌ، إلَّا طلاقَ المَعتُوهِ المَغلُوبِ على عقلِهِ»، وقال: حديثُ لا نَعرِفُه مرفوعاً إلَّا من حديثِ عطاء بن عجلان، وهو ضعيفٌ، ذاهبُ الحديث.

وإنْ أتلَفَا شَيئاً لَزِمَهُما ضَمانُهُ، فأمَّا العبدُ فَإقرارُهُ نافذٌ في حَقِّ نَفسِهِ، غيرُ نافذٍ في حقِّ مَولاهُ، فإنْ أقرَّ بمالٍ لَزِمَهُ بعدَ الحُرِّيَّةِ، وإنْ أقرَّ بِحَدٍّ أو قِصاصٍ لَزِمَهُ في الحالِ، ويَنفُذُ طَلاقُهُ.

لا يَتوقَّفانِ على إجازتِهِ، ولا يَنفُذانِ بمباشرتِهِ، بخلاف سائرِ العقودِ.

قال: (وإنْ أتلَفَا شَيئاً لَزِمَهُما ضَمانُهُ) إحياءً لِحَقِّ المُتلَفِ عليه، وهذا لأنَّ كونَ الإتلافِ مُوجِباً لا يَتوقَّفُ على القَصدِ، كالذي يُتلَفُ بانقلابِ النَّائمِ عليه، والحائطِ المائلِ بعدَ الإشهادِ[1]، بخلافِ القَولِ على ما بيَّنَّاه[2].

قال: (فأمَّا العبدُ فَإقرارُهُ نافذٌ في حَقِّ نَفسِهِ) لقيام أهليَّتِهِ، (غيرُ نافذٍ في حقِّ مَولاهُ) رعايةً لِجانبِهِ، لأنَّ نَفاذَهُ لا يَعرَى عن تَعلُّقِ الدَّينِ بِرَقَبَتِهِ أو كَسْبِهِ، وكلُّ ذلك إتلافُ مالِهِ.

قال: (فإنْ أقرَّ بمالٍ لَزِمَهُ بعدَ الحُرِّيَّةِ) لِوُجودِ الأهليَّةِ، وزَوالِ المانعِ، ولم يَلزمْهُ في الحالِ لقيامِ المانعِ.

(وإنْ أقرَّ بِحَدٍّ أو قِصاصٍ لَزِمَهُ في الحالِ)؛ لأنَّه مَبقيٌّ على أصلِ الحُرِّيَّةِ في حقِّ الدَّمِ، حتَّى لا يصحُّ إقرارُ المَولَى عليه بذلك.

(ويَنفُذُ طَلاقُهُ) لِما روينا، ولقوله ﷺ: «لا يَملِكُ العبدُ والمُكاتَبُ شيئاً إلَّا الطَّلاقَ»[3]، ولأنَّه عارفٌ بوجهِ المَصلحةِ فيه فكان أهلاً، وليس فيه إبطالُ ملكِ المَولَى ولا تفويتُ مَنافعِهِ فَينفُذُ، واللهُ أعلَمُ بالصَّواب.

---

(1) يعني: أنَّه لا قَصْدَ من صاحبِ الحائطِ في وُقوعِ الحائطِ، ومع ذلك يَجِبُ الضَّمان. عناية.

(2) إشارة إلى قوله: بخلاف الأقوال؛ لأنَّ اعتبارها موجودةً بالشَّرع، والقَصدُ من شَرطِهِ. بناية.

(3) قال الزيلعي (٤/ ١٦٥): غريب، وأخرج ابن ماجه في الطلاق، باب: طلاق العبد (٢٠٨١) عن ابن عباس قال: أتى النَّبيَّ ﷺ رجلٌ فقال: يا رسول الله إنَّ سيِّدي زوَّجني أمَتَه، وهو يريدُ أن يُفرِّق بيني وبينها، قال: فصَعَدَ النَّبيُّ ﷺ المِنبرَ، وقال: «يا أيُّها النَّاس، ما بالُ أحدِكُم يُزوِّجُ عبدَهُ أمَتَهُ، ثمَّ يُريدُ أن يُفرِّقَ بينهما، إنَّما الطَّلاقُ لِمَن أخَذَ بالسَّاق».

باب الحجر للفساد

قال أبو حنيفة: لا يُحجَرُ على الحُرِّ البالِغِ العاقِلِ السَّفيهِ، وتَصرُّفُهُ في مالِهِ جائزٌ، وإنْ كان مُبذِّراً مُفسِداً يُتلِفُ مالَهُ فيما لا غَرَضَ له فيه ولا مَصْلَحَةَ، وقال أبو يوسف ومحمد: يُحجَرُ على السَّفيهِ ويُمنَعُ مِنَ التَّصرُّفِ في مالِهِ، ....

(باب الحجر للفساد)

(قال أبو حنيفة : لا يُحجَرُ على الحُرِّ البالِغِ العاقِلِ السَّفيهِ، وتَصرُّفُهُ في مالِهِ جائزٌ، وإنْ كان مُبذِّراً مُفسِداً يُتلِفُ مالَهُ فيما لا غَرَضَ له فيه ولا مَصْلَحَةَ).

(وقال أبو يوسف ومحمد) - وهو قولُ الشَّافعيِّ[1] - (يُحجَرُ على السَّفيهِ ويُمنَعُ مِنَ التَّصرُّفِ في مالِهِ)؛ لأنَّه مُبذِّرٌ مالَهُ بِصَرْفِهِ لا على الوجهِ الذي يَقتضيهِ العَقلُ، فَيُحجَرُ عليه نَظَراً له، اعتباراً بالصَّبيِّ، بل أولى؛ لأنَّ الثَّابتَ في حقِّ الصَّبيِّ احتمالُ التَّبذيرِ، وفي حقِّهِ حقيقَتُهُ، ولهذا مُنِعَ عنه المالُ، ثمَّ هو[2] لا يُفيدُ بِدُونِ الحَجرِ؛ لأنَّه يُتلِفُ بِلسانِهِ ما مُنِعَ من يده.

ولأبي حنيفة : أنَّه مُخاطَبٌ عاقلٌ، فلا يُحجَرُ عليه اعتباراً بالرَّشيدِ، وهذا لأنَّ في سَلبِ وِلايتِهِ إهدارَ آدميَّتِهِ وإلحاقَهُ بالبهائم، وهو أشدُّ ضَرَراً من التَّبذيرِ،

---

(١) قال النووي في الروضة (٣/ ٤٠٨) الكتب العلمية: الحجر نوعان. حَجرٌ شُرِع لغيره، وحجرٌ لِمَصلحةِ نفسِه.

الأوَّل: خمسةُ أضرب: حجرُ الرَّاهن لحقِّ المرتهن، وحجرُ المفلس لحقِّ الغرماء، وحجرُ المريض للورثة، وحجرُ العبد لسيِّده، وكذا المكاتَبُ لسيِّده لله تعالى. وخامسها: حجرُ المرتدِّ لحقِّ المسلمين.

النوع الثاني: ثلاثةُ أضرب: أحدها: حجرُ المجنون، والثاني: حجرُ الصبي. والثالث: حجرُ السَّفيه المبذِّر.

(٢) أي: مَنعُ المال.

وإذا حَجَرَ القاضي عليه، ثمَّ رُفِعَ إلى قاضٍ آخَرَ فَأبطَلَ حَجْرَهُ وأطلَقَ عنه جازَ.

فلا يُتَحَمَّلُ الأعلى لِدَفعِ الأدنى، حتَّى لو كان في الحَجرِ دَفعُ ضَرَرٍ عامٍّ كالحَجرِ على المُتطبِّبِ الجاهلِ، والمُفتي الماجِنِ، والمُكاري المُفلِس، جاز فيما يُروى عنه، إذ هو دَفْعُ ضَررِ الأعلى بالأدنى.

ولا يصحُّ القياسُ على مَنعِ المالِ[1]؛ لأنَّ الحَجرَ أبلَغُ منه في العقوبة.

ولا على الصَّبيِّ[2]؛ لأنَّه عاجزٌ عن النَّظر لنفسِهِ، وهذا قادرٌ عليه نظَرَ له الشَّرعُ مرَّةً بإعطاءِ آلةِ القُدرةِ، والجَرْيُ على خلافِهِ لِسُوءِ اختيارِهِ.

ومَنعُ المالِ مُفيدٌ[3]؛ لأنَّ غالبَ السَّفَهِ في الهِباتِ والصَّدَقاتِ، وذلك يَقِفُ على اليد[4].

قال: (وإذا حَجَرَ القاضي عليه، ثمَّ رُفِعَ إلى قاضٍ آخَرَ فَأبطَلَ حَجْرَهُ وأطلَقَ عنه، جازَ)؛ لأنَّ الحَجْرَ منه فتوى وليس بقضاءٍ، ألا يُرى أنَّه لم يُوجَدِ المَقضيُّ له والمَقضِيُّ عليه، ولو كان قضاءً فَنَفْسُ القَضاءِ مُختَلَفٌ فيه[5]، فلا بدَّ من الإمضاءِ، حتَّى لو رُفِعَ تصرُّفُه بعد الحَجرِ إلى القاضي الحاجِرِ، أو إلى غيره، فقَضَى بِبُطلانِ تَصرُّفِهِ، ثمَّ رُفِعَ إلى قاضٍ آخَرَ، نفَذَ إبطالُهُ لاتِّصالِ الإمضاءِ به، فلا يُقبَلُ النَّقضُ بعد ذلك.

---

(١) أي: لا يصحُّ قياسُ جوازِ الحجرِ عليه على جوازِ منع المالِ منه. وهو جواب عن قول الصَّاحبين: «ولهذا مُنع عنه المال».

(٢) جوابٌ عن قولهما: «اعتباراً بالصَّبيِّ»، أي: لا يُقاسُ السَّفيهُ على الصَّبيِّ.

(٣) جواب عن قوله: «ثمَّ هو لا يُفيدُ بدونِ الحَجرِ»، يعني: أنَّ مَنْعَ المالِ بدون الحَجرِ مفيدٌ. عناية.

(٤) أي: لا يُملكُ إلَّا بالقَبضِ، فإذا لم يكن في يده شيءٌ يَمتنِعُ عن ذلك، وإن فعَلَ لم يُفِد. عناية.

(٥) لأنَّ القضاء بالحجر عند أبي حنيفة لا يجوزُ، وعندهما يجوز.

ثمَّ عندَ أبي حنيفةَ إذا بَلَغَ الغُلامُ غيرَ رَشيدٍ، لم يُسَلَّمْ إليه مالُهُ حتَّى يَبلُغَ خَمساً وعِشرينَ سنةً، فإنْ تصرَّفَ فيه قبلَ ذلك نَفَذَ تصرُّفُهُ، فإذا بَلَغَ خَمْساً وعِشرينَ سنةً يُسَلَّمُ إليه مالُهُ وإنْ لم يُؤنَسْ منه الرُّشْدُ، وقالا: لا يُدفَعُ إليه مالُهُ أبداً حتَّى يُؤنَسَ منه رُشْدُهُ، ولا يَجوزُ تَصَرُّفُهُ فيه، ....

(ثمَّ عندَ أبي حنيفةَ إذا بَلَغَ الغُلامُ غيرَ رَشيدٍ، لم يُسَلَّمْ إليه مالُهُ حتَّى يبلُغَ خَمساً وعِشرينَ سنةً، فإنْ تصرَّفَ فيه قبلَ ذلك نَفَذَ تَصرُّفُهُ، فإذا بَلَغَ خَمْساً وعِشرينَ سنةً يُسَلَّمُ إليه مالُهُ وإنْ لم يُؤنَسْ منه الرُّشْدُ).

(وقالا: لا يُدفَعُ إليه مالُهُ أبداً حتَّى يُؤنَسَ منه رُشْدُهُ، ولا يَجوزُ تَصَرُّفُهُ فيه)؛ لأنَّ عِلَّةَ المَنعِ السَّفَهُ، فَيَبقى ما بَقِيَ العِلَّةُ وصارَ كالصِّبا.

ولأبي حنيفة: أنَّ مَنْعَ المالِ عنه بِطَريقِ التَّأديبِ، ولا يَتأدَّبُ بعدَ هذا ظاهراً وغالباً، ألا يُرى أنَّه قد يَصيرُ جَدّاً في هذا السِّنِّ، فلا فائدةَ في المَنعِ، فَلَزِمَ الدَّفعُ، ولأنَّ المَنعَ باعتبارِ أثَرِ الصِّبا، وهو[1] في أوائلِ البُلُوغِ، ويَنقطِعُ بِتَطاولِ الزَّمانِ، فلا يبقى المنعُ، ولهذا[2] قال أبو حنيفة: لو بَلَغَ رشيداً، ثمَّ صارَ سَفِيهاً لا يُمنَعُ المالُ عنه؛ لأنَّه ليس بأثَرِ الصِّبا.

ثمَّ لا يَتأتَّى التَّفريعُ على قوله[3]، وإنَّما التَّفريعُ على قَولِ مَن يَرَى الحَجْرَ.

فعندهما لَمَّا صحَّ الحَجرُ لا يَنفُذُ بيعُهُ إذا باعَ توفيراً لفائدةِ الحَجرِ عليه[4]، وإنْ كان فيه مَصلحةٌ أجازَهُ الحاكمُ؛ لأنَّ رُكنَ التَّصرُّفِ قد وُجِدَ، والتَّوقُّفُ للنَّظرِ له، وقد نُصِّبَ الحاكمُ ناظِراً له، فيتحرَّى المَصلحَةَ فيه، كما في الصَّبيِّ الذي يَعقِلُ البيعَ والشِّراءَ ويَقصِدُهُ.

---

(١) أي: أثرُ الصِّبا حاصلٌ في أوائل البلوغ.

(٢) أي: لأنَّ المنعَ باعتبار أثر الصِّبا قال أبو حنيفة ... إلخ.

(٣) أراد أنَّ التَّفريعَ الذي ذكَرَه القُدوريُّ في مُختَصَرِهِ بقوله: «فإذا باعَ لا يَنفُذُ» لا يتأتَّى على قول أبي حنيفة رضي الله عنه، وإنَّما التَّفريعُ على قولِ مَن يَرَى الحَجْرَ. عناية.

(٤) أي: لِتظهَرَ فائدةُ الحَجرِ عليه، فيكون موقوفاً.

وإنْ أعتَقَ عبداً نفَذَ عِتقُهُ عندهما، وكان على العبدِ أنْ يَسْعَى في قِيمَتِهِ، ....

ولو باعَ قبلَ حَجرِ القاضي جازَ عند أبي يوسف؛ لأنَّه لا بدَّ من حَجرِ القاضي عنده؛ لأنَّ الحَجرَ دائرٌ بينَ الضَّررِ والنَّظرِ، والحَجْرُ لِنَظرِهِ، فلا بدَّ من فِعلِ القاضي.

وعند محمد: لا يجوزُ؛ لأنَّه يَبلُغُ مَحجُوراً عنده، إذِ العِلَّةُ هي السَّفهُ بمنزلةِ الصِّبا، وعلى هذا الخلافِ إذا بَلَغَ رشيداً ثمَّ صار سفيهاً.

(وإنْ أعتَقَ[1] عبداً نفَذَ عِتقُهُ عندهما[2])، وعند الشَّافعي[3]: لا ينفذ.

والأصلُ عندهما: أنَّ كلَّ تَصرُّفٍ يُؤثِّرُ فيه الهَزلُ يُؤثِّرُ فيه الحَجرُ، وما لا فلا؛ لأنَّ السَّفيهَ في معنى الهازِلِ من حيثُ إنَّ الهازِلَ يَخرُجُ كلامُهُ لا على نَهجِ كلامِ العُقلاءِ، لاتِّباعِ الهوى ومُكابَرةِ العقلِ، لا لِنُقصانٍ في عَقلِهِ، فكذلك السَّفيهُ، والعتقُ مِمَّا لا يُؤثِّرُ فيه الهَزلُ، فيصحُّ منه.

والأصلُ عنده: أنَّ الحَجرَ بسببِ السَّفهِ بمنزلةِ الحَجرِ بسببِ الرِّقِّ، حتَّى لا يَنفُذُ بعدَهُ شيءٌ من تَصرُّفاتِهِ، إلَّا الطَّلاق كالمَرقُوق، والإعتاقُ لا يصحُّ من الرَّقيق، فكذا من السَّفيه.

(و) إذا صَحَّ عندهما (كان على العبدِ أنْ يَسْعَى في قِيمَتِهِ)؛ لأنَّ الحجرَ لمعنى النَّظَرِ، وذلك في ردِّ العتقِ، إلَّا أنَّه مُتعذِّرٌ، فيجبُ ردُّهُ بردِّ القيمةِ، كما في الحَجرِ على المريض.

---

(١) يعني: بعد الحجر.

(٢) وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله، فلم يَخُصَّ قَولَهما بالذِّكرِ احترازاً عن قولِهِ؛ لأنَّ عند أبي حنيفة الحُكمَ قبلَ الحَجرِ وبعده سواءٌ في نَفاذِ تَصرُّفاتِ المَحجورِ بسببِ السَّفَهِ؛ لأنَّه لا تأثير للحَجْرِ عنده، بل احترازاً عن قَولِهما في سائرِ التَّصرُّفاتِ التي يُؤثِّر فيها الحَجرُ، كالبيع والشِّراءِ والإقرارِ بالمال. عناية.

(٣) قال النووي في الروضة (٨/ ٣٨٠) الكتب العلمية: يصحُّ العتقُ من كلِّ مالكٍ مطلَقٍ لا يُصادِفُ إعتاقُه متعلَّقَ حقٍّ لازمٍ لغيره، فلا يصحُّ إعتاقُ غيرِ مالكٍ إلَّا بوكالةٍ أو ولايةٍ، ولا إعتاقُ صبيٍّ ومجنونٍ ومحجورٍ عليه بسفهٍ.

ولو دَبَّرَ عبدَهُ جاز، ولو جاءَتْ جاريَتُهُ بِوَلدٍ فادَّعاهُ يَثبُتُ نَسَبُهُ منه، وكان الوَلَدُ حُرّاً والجاريةُ أمَّ وَلَدٍ له، وإنْ لم يكنْ مَعَها وَلَدٌ وقال: «هذه أمُّ ولدي» كانت بمنزلةِ أمِّ الوَلدِ، لا يَقدِرُ على بَيعِها، وإنْ ماتَ سَعَتْ في جَمِيعِ قِيمَتِها، وإنْ تَزَوَّجَ امرأةً جازَ نِكاحُها، وإنْ سَمَّى لها مَهْراً جازَ منه مِقدارُ مَهرِ مِثلِها وبَطَلَ الفَضْلُ،

وعن محمَّد: أنَّه لا تجبُ السِّعايةُ؛ لأنَّها لو وَجَبَت إنَّما تجب حقّاً لِمُعتِقِه، والسِّعايةُ ما عُهِد وُجوبُها في الشَّرع إلَّا لحقِّ غيرِ المُعتِقِ.

(ولو دَبَّرَ عبدَهُ جاز)؛ لأنَّه يُوجِبُ حقَّ العتقِ، فَيُعتَبَرُ بِحَقيقتِهِ، إلَّا أنَّه لا تجبُ السِّعايةُ ما دامَ المولى حيّاً؛ لأنَّه باقٍ على ملكِهِ.

وإذا ماتَ ولم يُؤنَسْ منه الرُّشْدُ سَعَى في قيمتِهِ مُدبَّراً لأنَّه عتَقَ بموتِهِ، وهو مدبَّر، فصار كما إذا أعتَقَه بعد التَّدبير.

(ولو جاءَتْ جاريَتُهُ بِوَلدٍ فادَّعاهُ يَثبُتُ نَسَبُهُ منه، وكان الوَلَدُ حُرّاً والجاريةُ أمَّ وَلَدٍ له)؛ لأنَّه مُحتاجٌ إلى ذلك لإبقاءِ نَسلِهِ، فألحِقَ بالمصلح في حقِّهِ.

(وإنْ لم يكنْ مَعَها وَلَدٌ وقال: «هذه أمُّ ولدي» كانت بمنزلةِ أمِّ الوَلدِ، لا يَقدِرُ على بَيعِها، وإنْ ماتَ سَعَتْ في جَمِيعِ قِيمَتِها)؛ لأنَّه كالإقرار بالحرِّيَّة، إذْ ليس لها شهادةُ الولد، بخلافِ الفَصلِ الأوَّل؛ لأنَّ الولَدَ شاهدٌ لها.

ونظيرُهُ المريضُ إذا ادَّعَى ولَدَ جاريتِهِ، فهو على هذا التَّفصيل.

قال: (وإنْ تَزَوَّجَ امرأةً جازَ نِكاحُها)؛ لأنَّه لا يُؤثِّر فيه الهَزْلُ، ولأنَّه من حوائِجِهِ الأصليَّةِ، (وإنْ سَمَّى لها مَهْراً جازَ منه مِقدارُ مَهرِ مِثلِها)؛ لأنَّه من ضَروراتِ النِّكاحِ، (وبَطَلَ الفَضْلُ) لأنَّه لا ضرورةَ فيه، وهو التزامٌ بالتَّسميةِ، ولا نَظَرَ له فيه، فلم تَصِحَّ الزِّيادةُ، وصار كالمريض مَرَضَ المَوتِ[1].

---

(١) يعني: في لُزوم كلِّ واحدٍ منهما مِقدارَ مَهرِ المِثلِ وسُقوطِ الزيادةِ، إلَّا أنَّ الزِّيادةَ في المَرضِ تُعتبَرُ من الثُّلثِ، وهاهنا غيرُ مُعتبرةٍ أصلاً. عناية.

ولو طلَّقها قبلَ الدُّخولِ بها وَجَبَ لها النِّصفُ في مالِهِ، وكذا إذا تزوَّجَ بِأربعِ نِسوةٍ، أو كلَّ يومٍ واحدةً، وتُخرَجُ الزَّكاةُ من مالِ السَّفيهِ، ويُنفَقُ على أولادِهِ وزَوجَتِهِ ومَنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُ عليه مِنْ ذَوي أرحامِهِ، فإن أرادَ حَجَّةَ الإسلامِ لم يُمْنَعْ منها، ....

(ولو طلَّقها قبلَ الدُّخولِ بها وَجَبَ لها النِّصفُ في مالِهِ)؛ لأنَّ التَّسميةَ صحيحةٌ إلى مقدارِ مَهرِ المِثْلِ.

(وكذا[1] إذا تزوَّجَ بأربعِ نِسوةٍ، أو كلَّ يومٍ واحدةً) لِما بيَّنَّا[2].

قال: (وتُخرَجُ الزَّكاةُ من مالِ السَّفيهِ)؛ لأنَّها واجبةٌ عليه، (ويُنفَقُ على أولادِهِ وزَوجَتِهِ ومَنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُ عليه مِنْ ذَوي أرحامِهِ)؛ لأنَّ إحياءَ ولدِهِ وزَوجتِهِ من حَوائجِهِ. والإنفاقُ على ذي الرَّحمِ واجبٌ عليه لِقَرابتِهِ، والسَّفَهُ لا يُبطِلُ حُقوقَ النَّاس، إلَّا أنَّ القاضيَ يدفعُ قَدْرَ الزَّكاةِ إليه لِيَصرِفَها إلى مَصرِفِها، لأنَّه لا بدَّ من نيَّتِهِ لكونها عبادةً، لكن يَبعَثُ أميناً معه كي لا يَصرِفَهُ في غير وَجْهِهِ. وفي النَّفقةِ يدفعُ إلى أمينِهِ لِيَصرِفَهُ؛ لأنَّه ليس بعبادةٍ فلا يَحتاجُ إلى نيَّتِهِ.

وهذا بخلاف ما إذا حَلَفَ أو نَذَرَ أو ظاهَرَ، حيثُ لا يَلزَمُهُ المالُ، بل يُكفِّر يَمينَهُ وظِهارَهُ بالصَّوم؛ لأنَّه مِمَّا يَجِبُ بِفعلِهِ، فلو فَتَحنا هذا البابَ يُبذِّرُ أموالَهُ بهذا الطَّريق، ولا كذلك ما يَجِبُ ابتداءً بغير فِعلِهِ[3].

قال: (فإن أرادَ حَجَّةَ الإسلامِ لم يُمْنَعْ منها)؛ لأنَّها واجبةٌ عليه بإيجابِ اللهِ تعالى من غَيرِ صُنعِهِ، ....

(١) يعني: يُعتَبَرُ مهرُ المِثلِ لا الزِّيادةُ، سواءٌ تزوَّجَ بمهرٍ في عَقدٍ واحدٍ، أو في كلِّ يومٍ واحدةً ثمَّ طلَّقها، وفعَلَ ذلك مراراً، فإنَّه يصحُّ تسميتُهُ في مقدارِ مَهرِ المثل، وتبطُلُ الزِّيادة. عناية.

(٢) يعني: قوله: «لأنَّه من ضرورات النِّكاح».

(٣) أي: كالزَّكاة وحجَّةِ الإسلامِ ونحوهما؛ لأنَّه مخاطب بها، فلا يكون السَّفهُ سبباً في استحقاقِ النَّظرِ في إسقاطِ شيءٍ من حقوق الشَّرع.

ولا يُسلِّمُ القاضي النَّفقَةَ إليه، ويُسلِّمُها إلى ثِقَةٍ مِنَ الحاجِّ يُنفِقُها عليه في طَرِيقِ الحَجِّ، ولو أرادَ عُمرةً واحدةً لم يُمْنَعْ منها، ولا يُمنَعُ مِنَ القِرانِ، ولا يُمنَعُ مِنْ أنْ يَسوقَ بَدَنَةً. فإنْ مَرِضَ وأوصى بِوَصايا في القُرَبِ وأبوابِ الخَيرِ، جازَ ذلكَ في ثُلُثِهِ. ولا يُحجَرُ على الفاسِقِ إذا كانَ مُصلِحاً لِمالِهِ عندنا، والفِسقُ الأصليُّ والطّارئُ سواءٌ.

(ولا يُسلِّمُ القاضي النَّفقَةَ إليه، ويُسلِّمُها إلى ثِقَةٍ مِنَ الحاجِّ يُنفِقُها عليه في طَرِيقِ الحَجِّ)، كي لا يُتلِفَها في غير هذا الوجهِ.

(ولو أرادَ عُمرةً واحدةً لم يُمْنَعْ منها) استحساناً؛ لاختلافِ العلماءِ في وُجوبِها، بخلافِ ما زاد على مرَّةٍ واحدةٍ من الحَجِّ.

(ولا يُمنَعُ مِنَ القِرانِ)؛ لأنَّه لا يُمنَعُ من إفرادِ السَّفَرِ لكلِّ واحدٍ منهما، فلا يُمنَعُ من الجَمْعِ بينهما، (ولا يُمنَعُ مِنْ أنْ يَسوقَ بَدَنَةً) تحرُّزاً عن مَوضِعِ الخلاف، إذ عندَ عبدِ الله بن عمر لا يُجزِئُه غيرُها، وهي[1] جَزُورٌ أو بقرةٌ.

قال: (فإنْ مَرِضَ وأوصى بِوَصايا في القُرَبِ وأبوابِ الخَيرِ، جازَ ذلكَ في ثُلُثِهِ)؛ لأنَّ نظَرَهُ فيه؛ إذ هي حالةُ انقطاعِهِ عن أموالِهِ، والوصيَّةُ تُخلِّفُ ثَناءً وثواباً، وقد ذكرنا من التَّفريعاتِ أكثَرَ من هذا في كفاية المُنتهي.

قال: (ولا يُحجَرُ على الفاسِقِ إذا كانَ مُصلِحاً لِمالِهِ عندنا. والفِسقُ الأصليُّ والطّارئُ سواءٌ). وقال الشَّافعيُّ: يُحجَرُ عليه زَجراً له وعقوبةً عليه كما في السَّفيه، ولهذا لم يُجعَلْ أهلاً لِلولايةِ والشَّهادةِ عنده.

ولنا: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦] الآية، وقد أُونِسَ منه نوعُ رُشْدٍ فَتَتناوَلُهُ النَّكرةُ المُطلَقةُ، ولأنَّ الفاسقَ من أهل الولايةِ عندنا لإسلامِهِ، فيكون والياً لِلتَّصرُّفِ، وقد قرَّرناه فيما تقدَّم.

---

[1] أي: البدنة.

فصل في حد البلوغ

بُلُوغُ الغُلام بالاحتلام والإحبالِ والإنزالِ إذا وَطِئَ، فإنْ لم يُوجَدْ ذلك فَحَتَّى يَتِمَّ له ثَماني عشرَةَ سنةً، وبُلُوغُ الجاريةِ بِالحَيضِ والاحتلامِ والحَبَلِ، فإنْ لم يُوجَدْ ذلك فحَتَّى يَتِمَّ لها سبعَ عَشرَةَ سنةً، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: إذا تَمَّ لِلغُلامِ والجاريةِ خَمسَ عشرَةَ سنةً فقد بَلَغا، ....

ويَحجُرُ القاضي عندهما أيضاً، وهو قولُ الشَّافعيِّ، بسبب الغَفلةِ، وهو أن يُغبَنَ في التِّجاراتِ ولا يَصبِرُ عنها، لِسَلامةِ قلبِهِ؛ لِما في الحَجرِ من النَّظرِ له.

(فصل في حد البلوغ)

قال: (بُلُوغُ الغُلامِ بالاحتلامِ والإحبالِ والإنزالِ إذا وَطِئَ، فإنْ لم يُوجَدْ ذلك فَحَتَّى يَتِمَّ له ثَماني عشرَةَ سنةً، وبُلُوغُ الجاريةِ بِالحَيضِ والاحتلامِ والحَبَلِ، فإنْ لم يُوجَدْ ذلك فحَتَّى يَتِمَّ لها سبعَ عَشرَةَ سنةً، وهذا عند أبي حنيفة).

(وقالا: إذا تَمَّ لِلغُلامِ والجاريةِ خَمسَ عشرَةَ سنةً فقد بَلَغا)، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة، وهو قولُ الشَّافعيِّ[1]، وعنه في الغلام تسعَ عشرَةَ سنةً.

وقيل: المرادُ أن يَطْعَنَ في التَّاسع عشرةَ سنةً، ويَتِمَّ له ثماني عشرَةَ سنةً، فلا اختلاف. وقيل: فيه اختلافُ الرِّوايةِ؛ لأنَّه ذُكِر في بعض النُّسخِ «حتَّى يَستكمِلَ تِسعَ عشرَةَ سنةً».

أمَّا العلامةُ؛ فلأنَّ البلوغَ بالإنزالِ حقيقةً، والحَبَلُ والإحبالُ لا يكونُ إلَّا مع الإنزال، وكذا الحيضُ في أوان الحَبَلِ، فَجُعِلَ كلُّ ذلك علامةَ البُلوغِ، وأدنى المُدَّةِ لذلك في حقِّ الغُلامِ اثنتا عشرةَ سنةً، وفي حقِّ الجاريةِ تسعُ سنين.

وأمَّا السِّنُّ فلهمُ العادَةُ الفاشيةُ أنَّ البلوغَ لا يَتأخَّر فيهما عن هذه المدَّة.

---

(١) انظر مغني المحتاج (٢/ ٢٢٥) دار الفكر.

وإذا راهَقَ الغُلامُ أو الجاريةُ الحُلْمَ، وأشْكَلَ أمرُهُ في البُلُوغِ، فقال: «قد بَلَغْتُ»، فالقَوْلُ قولُهُ، وأحكامُهُ أحكامُ البالِغِينَ.

وله: قوله تعالى ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وأشُدُّ الصَّبيِّ ثماني عشرةَ سنةً، هكذا قاله ابن عباس وتابَعه القُتبيُّ[١]، وهذا أقَلُّ ما قيل فيه، فَيُبنى الحكمُ عليه لِلتيقُّنِ به، غيرَ أنَّ الإناثَ نُشُوءُهُنَّ وإدراكُهُنَّ أسرَعُ، فَنَقَصْنا في حقِّهنَّ سنَةً لاشتمالها على الفُصولِ الأربعةِ التي يُوافِقُ واحدٌ منها المِزاجَ لا محالةَ.

قال: (وإذا راهَقَ الغُلامُ أو الجاريةُ الحُلْمَ، وأشْكَلَ أمرُهُ في البُلُوغِ، فقال: «قد بَلَغْتُ»، فالقَولُ قولُهُ وأحكامُهُ أحكامُ البالِغِينَ)؛ لأنَّه معنىً لا يُعرَفُ إلَّا من جهتهما ظاهراً، فإذا أخبرا به ولم يُكذِّبْهما الظَّاهرُ قُبِلَ قَوْلُهما فيه، كما يُقبَلُ قولُ المرأةِ في الحيض.

---

(١) قال الزيلعي (٤/ ١٦٦): قلت: غريب، ونُقِل عن البغوي أنَّه قال عن ابن عباس: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأحقاف: ١٥] نهايةَ قوَّتِه، وغايةَ شبابِهِ واستوائه، وهو ما بين ثماني عشرة سنة إلى أربعين.
وروى الطبراني في الأوسط (٧/ ٥٣) (٦٨٢٩) عن سعيد بن جبير عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُۥ﴾ قال: ثلاث وثلاثون سنة، وهو الذي رفع عليه عيسى ابن مريم.
ورواه ابن مردويه في تفسيره عن مجاهد عن ابن عباس في قوله: ﴿حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُۥ﴾ قال: تسعاً وثلاثين سنة. اهـ

باب الحجر بسبب الدَّين

قال أبو حنيفة: لا أَحجُرُ في الدَّينِ، وإذا وَجَبَتْ دُيونٌ على رَجلٍ وطَلَبَ غُرماؤُهُ حَبْسَهُ والحَجْرَ عليه، لم أَحْجُرْ عليه، فإنْ كانَ لَهُ مالٌ لم يَتَصَرَّفْ فيه الحاكِمُ، ولكنْ يَحبِسُهُ أبداً، حتَّى يَبِيعَهُ في دَينِهِ، وقالا: إذا طَلَبَ غُرماءُ المُفلِسِ الحَجْرَ عليه حَجَرَ القاضي عليه، ومَنَعَهُ من البَيعِ والتَّصرُّفِ والإقرارِ، حتَّى لا يَضُرَّ بالغُرماءِ، وباعَ مالَهُ إنِ امتَنَعَ المُفلِسُ مِنْ بَيعِهِ وقَسَمَهُ بينَ غُرمائِهِ بالحِصَصِ عندهما، ....

(باب الحجر بسبب الدَّين)

(قال أبو حنيفة: لا أَحجُرُ في الدَّينِ، وإذا وَجَبَتْ دُيونٌ على رَجلٍ وطَلَبَ غُرماؤُهُ حَبْسَهُ والحَجْرَ عليه، لم أَحْجُرْ عليه)؛ لأنَّ في الحَجرِ إهدارَ أهليَّتِهِ، فلا يَجوزُ لِدَفعِ ضررٍ خاصٍّ.

(فإنْ كانَ لَهُ مالٌ لم يَتَصَرَّفْ فيه الحاكِمُ)؛ لأنَّه نوعُ حَجرٍ، ولأنَّه تجارةٌ لا عن تَراضٍ، فيكون باطلاً بالنَّصِّ، (ولكنْ يَحبِسُهُ أبداً، حتَّى يَبِيعَهُ في دَينِهِ) إيفاءً لِحَقِّ الغُرماءِ ودَفعاً لِظُلمِهِ.

(وقالا: إذا طَلَبَ غُرماءُ المُفلِسِ الحَجْرَ عليه حَجَرَ القاضي عليه، ومَنَعَهُ من البَيعِ والتَّصرُّفِ والإقرارِ، حتَّى لا يَضُرَّ بالغُرَماءِ)؛ لأنَّ الحَجرَ على السَّفيهِ إنَّما جوَّزاه نظَراً له، وفي هذا الحَجرِ نظَرٌ لِلغُرماءِ؛ لأنَّه عساهُ يُلجِّئ مالَهُ[1]، فَيَفوتُ حقُّهم.

ومعنى قَولِهما: «ومَنَعَهُ من البيع» أن يكونَ بأقلَّ من ثَمنِ المِثْلِ، أمَّا البيعُ بِثَمنِ المِثلِ لا يُبطِلُ حقَّ الغُرماءِ، والمَنعُ لِحَقِّهم فلا يُمنَعُ منه.

قال: (وباعَ مالَهُ إنِ امتَنَعَ المُفلِسُ مِنْ بَيعِهِ وقَسَمَهُ بينَ غُرمائِهِ بالحِصَصِ عندهما)؛ لأنَّ البيعَ مُستحَقٌّ عليه لإيفاءِ دَينِهِ حتَّى يُحبَسُ لأجلِهِ، فإذا امتنَعَ نابَ

---

(١) أي: عسى أن يبيعَ المُفلِسُ المديونُ مالَه تلجئةً من عظيمٍ لا يُمكنُ الانتزاعُ من يده. والتَّلجئةُ: أن يتواضَعا على إظهارِ البيع عندَ النَّاس، لكن بلا قصدِهِ.

وإنْ كان دَينُهُ دراهِمَ وله دراهمُ، قَضَى القاضي بِغَيرِ أمرِهِ. وإنْ كان دينُهُ دراهمَ وله دَنانيرُ، أو على ضدِّ ذلك، باعَها القاضي في دَينِهِ. ويُباعُ في الدَّينِ النُّقودُ، ثمَّ العُروضُ، ثمَّ العَقارُ، يُبدَأُ بالأيسَرِ فَالأيسَرِ، ويُترَكُ عليه دَسْتٌ من ثيابِ بَدَنِهِ، ويُباعُ الباقي. ....

القاضي مَنابَهُ كما في الجَبِّ والعِنَّة.

قلنا: التَّلجئةُ مَوهومةٌ، والمُستحَقُّ قضاءُ الدَّينِ، والبيعُ ليس بطريقٍ مُتعيِّنٍ لذلك، بخلافِ الجَبِّ والعِنَّةِ. والحَبسُ لِقَضاءِ الدَّينِ بما يَختارُهُ من الطَّريق، كيف ولو صَحَّ البيعُ كان الحَبسُ إضراراً بهما بِتَأخيرِ حقِّ الدَّائنِ وتعذيب المديون، فلا يكونُ مشروعاً.

قال: (وإنْ كان دَينُهُ دراهِمَ وله دراهمُ، قَضَى القاضي بِغَيرِ أمرِهِ)، وهذا بالإجماع؛ لأنَّ للدَّائنِ حقَّ الأخذِ من غيرِ رضاه، فللقاضي أن يُعينَهُ.

(وإنْ كان دينُهُ دراهمَ وله دَنانيرُ، أو على ضدِّ ذلك، باعَها القاضي في دَينِهِ) وهذا عند أبي حنيفة استحسان، والقياسُ أن لا يَبيعَهُ كما في العروض، ولهذا لم يكن لصاحب الدَّين أن يَأخُذَه جبراً.

وجهُ الاستحسان: أنَّهما مُتَّحدانِ في الثَّمنيَّةِ والماليَّةِ، مُختلِفانِ في الصُّورةِ، فبالنَّظَرِ إلى الاتِّحادِ يَثبُتُ للقاضي ولايةُ التَّصرُّف، وبالنَّظرِ إلى الاختلاف يُسلَبُ عن الدَّائن ولايةُ الأخذِ عملاً بالشَّبهين، بخلافِ العُرُوض؛ لأنَّ الغَرَضَ يتعلَّقُ بِصُوَرِها وأعيانِها، أمَّا النُّقودُ فوسائلُ، فافترقا.

(ويُباعُ في الدَّينِ النُّقودُ، ثمَّ العُروضُ، ثمَّ العَقارُ، يُبدَأُ بالأيسَرِ فَالأيسَرِ)؛ لِما فيه من المُسارَعةِ إلى قضاءِ الدَّينِ، مع مُراعاةِ جانِبِ المَديونِ، (ويُترَكُ عليه دَسْتٌ[1] من ثيابِ بَدَنِهِ، ويُباعُ الباقي)؛ لأنَّ به كفايةً. وقيل: دَسْتان، وهو اختيارُ شمسِ الأئمَّةِ الحَلْواني؛ لأنَّه إذا غَسَلَ ثيابَهُ لا بدَّ له من مَلبَس.

---

(١) الدَّستُ من الثِّياب: ما يَلبَسُه الإنسانُ ويكفيه لِتَردُّدِهِ في حَوائجِهِ، جَمعُهُ دُسُوت. مصباح.

فإنْ أقَرَّ في حالَ الحَجْرِ بإقرارٍ لَزِمَهُ ذلكَ بعدَ قَضاءِ الدُّيونِ، ولوِ استَفادَ مالاً آخَرَ بعدَ الحَجْرِ نَفَذَ إقرارُهُ فيه. ويُنفَقُ على المُفلِسِ مِنْ مالِهِ، وعلى زَوجَتِهِ ووَلَدِهِ الصِّغارِ وذَوِي أرحامِهِ مِمَّنْ يَجِبُ نَفَقَتُهُ عليه، فإنْ لم يُعرَفْ لِلمُفلِسْ مالٌ وطَلَبَ غُرَماؤُهُ حَبْسَهُ، وهو يَقولُ: «لا مالَ لي» حَبَسَهُ الحاكمُ في كلِّ دَينٍ التَزَمَهُ بِعَقدٍ، كالمَهرِ والكَفالةِ.

قال: (فإنْ أقَرَّ في حالَ الحَجْرِ بإقرارٍ لَزِمَهُ ذلكَ بعدَ قَضاءِ الدُّيونِ)؛ لأنَّه تَعلَّقَ بهذا المالِ حقُّ الأوَّلِين، فلا يَتمكَّنُ من إبطالِ حقِّهم بالإقرارِ لِغيرِهم، بخلافِ الاستهلاكِ[1]؛ لأنَّه مشاهَدٌ لا مَرَدَّ له.

(ولوِ استَفادَ مالاً آخَرَ بعدَ الحَجْرِ نَفَذَ إقرارُهُ فيه)؛ لأنَّ حقَّهم لم يَتعلَّقْ به؛ لِعَدَمِهِ وقتَ الحَجرِ.

قال: (ويُنفَقُ على المُفلِسِ مِنْ مالِهِ، وعلى زَوجَتِهِ ووَلَدِهِ الصِّغارِ وذَوِي أرحامِهِ مِمَّنْ يَجِبُ نَفَقَتُهُ عليه)؛ لأنَّ حاجَتَهُ الأصليَّةَ مقدَّمةٌ على حقِّ الغُرَماءِ، ولأنَّه حقٌّ ثابتٌ لغيره، فلا يُبطِلُهُ الحَجْرُ.

ولهذا لو تَزوَّجَ امرأةً كانت في مِقدارِ مَهرِ مِثلِها أُسوةً لِلغُرَماءِ.

قال: (فإنْ لم يُعرَفْ لِلمُفلِسْ مالٌ وطَلَبَ غُرَماؤُهُ حَبْسَهُ، وهو يَقولُ: «لا مالَ لي» حَبَسَهُ الحاكمُ في كلِّ دَينٍ التَزَمَهُ بِعَقدٍ، كالمَهرِ والكَفالةِ)، وقد ذكرنا هذا الفَصلَ بِوُجُوهِهِ في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نُعيدُها، إلى أنْ قال: «وكذلكَ إنْ أقامَ البيِّنةَ أنَّه لا مالَ له» يعني: خلَّى سَبيلَهُ لِوُجوبِ النَّظِرةِ إلى المَيسَرةِ.

ولو مَرِضَ في الحَبسِ يَبقَى فيه إنْ كان له خادمٌ يَقُومُ بِمُعالجَتِهِ، وإنْ لم يكنْ أخرَجَهُ تَحرُّزاً عن هَلاكِهِ.

والمُحترِفُ فيه[2] لا يُمكَّنُ من الاشتغالِ بِعَملِهِ، هو الصَّحيحُ؛ لِيَضجَرَ قلبُهُ

---

(١) أي: بخلاف ما إذا استهلك المحجورُ عليه قبل قضاء الدَّينِ مالَ إنسانٍ، حيث يكونُ المُتلَفُ عليه أسوةً للغرماء بلا خلاف. بناية.

(٢) أي: في الحبس.

ولا يَحُولُ بَيْنَهُ وبينَ غُرَمائِهِ بعدَ خُروجِهِ مِنَ الحَبسِ، بل يُلازِمُونَهُ ولا يَمنَعُونَهُ من التَّصرُّفِ والسَّفَرِ، ويَأخُذُونَ فَضْلَ كَسْبِهِ، يُقسَمُ بينهم بالحِصَصِ، وقالا: إذا فَلَّسَهُ الحاكِمُ حالَ بينَ الغُرَماءِ وبينَهُ، إلَّا أن يُقيموا البيِّنَةَ أنَّ له مالاً، ....

فَيَنبَعِثَ على قَضاءِ دَينِهِ، بخلافِ ما إذا كانتْ له جاريةٌ وفيه موضعٌ يُمكِنُهُ فيه وَطؤُها، لا يُمنَعُ عنه؛ لأنَّه قضاءُ إحدى الشَّهوتَينِ، فَيُعتَبَرُ بِقَضاءِ الأخرى.

قال: (ولا يَحُولُ بَيْنَهُ وبينَ غُرَمائِهِ بعدَ خُروجِهِ مِنَ الحَبسِ، بل يُلازِمُونَهُ ولا يَمنَعُونَهُ من التَّصرُّفِ والسَّفَرِ)؛ لقوله ﷺ: «لِصاحِبِ الحَقِّ يدٌ ولسانٌ»[1]، أرادَ باليدِ المُلازَمةَ، وباللِّسان التَّقاضي.

قال: (ويَأخُذُونَ فَضْلَ كَسْبِهِ، يُقسَمُ بينهم بالحِصَصِ)؛ لاستواءِ حُقوقِهِم في القُوَّة. (وقالا: إذا فَلَّسَهُ الحاكِمُ حالَ بينَ الغُرَماءِ وبينَهُ، إلَّا أن يُقيموا البيِّنَةَ أنَّ له مالاً)؛ لأنَّ القضاءَ بالإفلاسِ عندهما يصحُّ، فَتَثبُتُ العُسرةُ، ويَستحِقُّ النَّظِرَةَ إلى المَيسرةِ.

وعند أبي حنيفة: لا يَتحقَّقُ القَضاءُ بالإفلاس؛ لأنَّ مالَ الله تعالى غادٍ ورائحٌ، ولأنَّ وُقوفَ الشُّهودِ على عدَمِ المالِ لا يَتحقَّقُ إلَّا ظاهراً، فَيَصلُحُ للدَّفعِ، لا لإبطالِ حقِّ المُلازَمةِ.

وقوله: «إلَّا أن يُقيمُوا البيِّنَةَ» إشارةٌ إلى أنَّ بيِّنَةَ اليَسارِ تترجَّحُ على بيِّنَةِ الإعسارِ؛ لأنَّها أكثَرُ إثباتاً، إذِ الأصلُ هو العُسرةُ.

وقولُه في المُلازَمَةِ: «لا يَمنَعُونَهُ من التَّصرُّفِ والسَّفَرِ» دليلٌ على أنَّه يدورُ معه أينما دارَ، ولا يُجلِسُهُ في موضعٍ؛ لأنَّه حبسٌ.

---

(١) رواه بهذا اللَّفظ الدارقطني في سننه عن مكحول مرسلاً.

وأخرج البخاري في الوكالة، باب: الوكالة في قضاء الديون (٢١٨٣) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: أتى النَّبيَّ ﷺ رجلٌ يَتقاضاهُ فأغلَظَ له، فَهَمَّ به أصحابُهُ فقال: «دَعُوه؛ فإنَّ لِصاحِبِ الحَقِّ مَقالاً»، ثمَّ قال: «أعطُوهُ سِنّاً مِثلَ سِنِّهِ»، قالوا: يا رسول الله لا نَجِدُ إلَّا أمثَلَ مِنْ سِنِّه، فقال: «أعطُوهُ؛ فإنَّ مِن خَيرِكم أحسَنُكُم قَضاءً».

ولو دَخَلَ دارَهُ لِحاجَتِهِ لا يَتْبَعُهُ، بل يَجلِسُ على بابِ دارِهِ إلى أنْ يَخرُجَ. ولو كانَ الدَّينُ لِلرَّجلِ على المَرأةِ لا يُلازِمُها. ومَنْ أفلَسَ وعِندَهُ مَتاعٌ لِرَجلٍ بِعَينِهِ ابتاعَهُ منه، فَصَاحِبُ المَتاعِ أُسوةٌ لِلغُرَماءِ فيه.

(ولو دَخَلَ دارَهُ لِحاجَتِهِ لا يَتْبَعُهُ، بل يَجلِسُ على بابِ دارِهِ إلى أنْ يَخرُجَ)؛ لأنَّ الإنسانَ لا بدَّ أن يكونَ له موضعُ خَلوةٍ، ولو اختارَ المُطلوبُ الحَبسَ والطَّالبُ المُلازَمةَ، فالخيارُ إلى الطَّالبِ؛ لأنَّه أبلَغُ في حُصولِ المَقصودِ لاختيارِهِ الأضيقَ عليه، إلَّا إذا عَلِم القاضي أن يدخلَ عليه[1] بالمُلازَمةِ ضَررٌ بيِّنٌ، بأن لا يُمكِّنَه من دُخولِهِ دارَهُ، فحينئذٍ يَحبِسُهُ دفعاً للضَّرَرِ عنه.

(ولو كانَ الدَّينُ لِلرَّجلِ على المَرأةِ لا يُلازِمُها)؛ لِما فيها من الخَلوةِ بالأجنبيَّةِ، ولكن يَبعَثُ امرأةً أمينةً تُلازِمُها.

قال: (ومَنْ أفلَسَ وعِندَهُ مَتاعٌ لِرَجلٍ بِعَينِهِ ابتاعَهُ منه، فَصَاحِبُ المَتاعِ أُسوةٌ لِلغُرَماءِ فيه)، وقال الشَّافعيُّ: يَحجُرُ القاضي على المُشتري بِطَلبِهِ، ثمَّ للبائعِ خيارُ الفَسخِ؛ لأنَّه عجَزَ المشتري عن إيفاءِ الثَّمنِ، فَيُوجِبُ ذلك حَقَّ الفَسخِ، كَعَجزِ البائعِ عن تَسليمِ المَبيعِ، وهذا لأنَّه عَقدُ مُعاوَضةٍ، ومن قضيَّتِهِ المُساواةُ، وصارَ كالسَّلَمِ.

ولنا: أنَّ الإفلاسَ يُوجِبُ العَجْزَ عن تَسليمِ العَينِ، وهو غيرُ مَستَحَقٍّ بالعقدِ، فلا يَثبُتُ حقُّ الفَسخِ باعتبارِهِ، وإنَّما المُستَحقُّ وَصفٌ في الذِّمَّةِ، أعني: الدَّين، وبِقَبضِ العينِ تتحقَّقُ بينهما مُبادَلَةٌ، هذا هو الحقيقة[2] فيجبُ اعتبارُها، إلَّا في موضعِ التَّعذُّرِ كالسَّلَم؛ لأنَّ الاستبدالَ مُمتَنِعٌ، فأعطى للعين حكمَ الدَّين، والله أعلم.



---

(١) أي: أن يَحصلَ للمطلوب ضررٌ بالملازمة.

(٢) أي: تحقُّقُ المبادلةِ هو الحقيقةُ في قضاء الدَّين. بناية.

كتاب المأذون

كِتَابُ المأذون

وإذا أذِنَ المَولَى لِعَبدِهِ في التِّجارةِ إذناً عامَّاً، جازَ تَصرُّفُهُ في سائرِ التِّجاراتِ.

(كتاب المأذون)

الإذنُ: الإعلامُ لغةً، وفي الشَّرع: فَكُّ الحَجرِ وإسقاطُ الحقِّ عندنا، والعبدُ بعد ذلك يَتصرَّفُ لِنَفسِهِ بأهليَّتِهِ؛ لأنَّه بعد الرِّقِّ بَقِيَ أهلاً لِلتَّصرُّفِ بلسانِهِ النَّاطقِ وعَقلِهِ المُميِّزِ، وانحِجارُهُ عن التَّصرُّفِ لحقِّ المولى؛ لأنَّه ما عُهِدَ تصرُّفُه إلَّا مُوجِباً لِتَعلُّقِ الدَّينِ برقَبَتِهِ وبِكَسبِهِ، وذلك مالُ المَولَى فلا بدَّ من إذنِهِ كي لا يَبطُلَ حقُّه من غيرِ رِضاهِ، ولهذا لا يَرجِعُ بما لَحِقَه من العُهدةِ على المولى، ولهذا[1] لا يَقبَلُ التَّأقيتَ، حتَّى لو أذِنَ لِعَبدِهِ يوماً أو شهراً كان مأذوناً أبداً حتَّى يَحجُرَ عليه؛ لأنَّ الإسقاطاتِ لا تتوقَّتُ.

ثمَّ الإذنُ كما يَثبُتُ بالصَّريحِ يَثبُتُ بالدِّلالةِ، كما إذا رأى عبدَهُ يبيعُ ويَشتري فَسَكَتَ يَصيرُ مأذوناً عندنا، خلافاً لزفر والشَّافعيِّ[2] رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

ولا فرقَ بينَ أن يبيعَ عَيناً مَملُوكاً للمولى أو لأجنبيٍّ، بإذنِهِ أو بِغَيرِ إذنِهِ، بيعاً صحيحاً أو فاسداً؛ لأنَّ كلَّ مَن رآهُ يَظُنُّهُ مأذوناً له فيها، فَيُعاقِدُه فَيَتضرَّرُ به لو لم يكن مأذوناً له، ولو لم يكنِ المولى راضياً به لَمَنَعَهُ دفعاً لِلضَّررِ عنهم.

قال: (وإذا أذِنَ المَولَى لِعَبدِهِ في التِّجارةِ إذناً عامَّاً، جازَ تَصرُّفُهُ في سائرِ التِّجاراتِ). ومعنى هذه المسألة: أنْ يقولَ له: «أذِنتُ لك في التِّجارة» ولا يُقيِّدُه.

---

(١) أي: ولكون الإذن إسقاطاً عندنا. بناية.

(٢) انظر حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي (٢/ ٢٤٢).

ولو باعَ أو اشتَرَى بِالغَبْنِ اليَسيرِ فهو جائزٌ، وكذا بالفاحِشِ عند أبي حنيفة، خلافاً لهما. ولو حابَى في مَرَضِ مَوتِهِ، يُعتَبَرُ مِنْ جَميعِ مالِهِ إذا لم يَكُنْ عليه دَينٌ، وإنْ كان فَمِنْ جَميعِ ما بَقِيَ. ولَهُ أنْ يُسلِمَ ويَقبَلَ السَّلَمَ، وله أنْ يُوكِّلَ بالبَيعِ والشِّراءِ ويَرهَنَ ويَرتَهِنُ، ويَملِكُ أنْ يَتقَبَّلَ الأرضَ ويَستأجِرَ الأُجراءَ والبُيوتَ، ويَأخُذَ الأرضَ مُزارَعَةً ....

ووجهه: أنَّ التِّجارةَ اسمٌ عامٌّ يَتناولُ الجِنسَ، فَيَبيعُ ويَشتري ما بدا له من أنواعِ الأعيانِ؛ لأنَّه أصلُ التِّجارة.

(ولو باعَ أو اشتَرَى بِالغَبْنِ اليَسيرِ، فهو جائزٌ)؛ لِتَعذُّرِ الاحترازِ عنه، (وكذا بالفاحِشِ عند أبي حنيفة، خلافاً لهما)، هما يقولان: إنَّ البيعَ بالفاحشِ منه بِمَنزلةِ التَّبرُّعِ، حتَّى اعتُبِرَ من المَريضِ من ثُلُث مالِهِ، فلا يَنتظِمُهُ الإذنُ كالهبة.

وله: أنَّه تجارةٌ، والعبدُ متصرِّفٌ بأهليَّةِ نفسِهِ، فصار كالحرِّ، وعلى هذا الخلافِ الصَّبيُّ المأذونُ.

(ولو حابَى في مَرَضِ مَوتِهِ، يُعتَبَرُ مِنْ جَميعِ مالِهِ إذا لم يَكُنْ عليه دَينٌ، وإنْ كان فَمِنْ جَميعِ ما بَقِيَ)؛ لأنَّ الاقتصارَ في الحُرِّ على الثُّلُثِ لحقِّ الورثةِ، ولا وارثَ للعبدِ، وإنْ كان الدَّينُ مُحيطاً بما في يدِهِ يُقالُ للمشتري: «أدِّ جميعَ المُحاباةِ، وإلَّا فاردُدِ البيعَ» كما في الحُرِّ.

(ولَهُ أنْ يُسلِمَ ويَقبَلَ السَّلَمَ)؛ لأنَّه تجارةٌ.

(وله أنْ يُوكِّلَ بالبَيعِ والشِّراءِ)؛ لأنَّه قد لا يَتفرَّغُ بنفسِهِ.

قال: (ويَرهَنُ ويَرتَهِنُ)؛ لأنَّهما من تَوابعِ التِّجارةِ، فإنَّه إيفاءٌ واستيفاءٌ.

(ويَملِكُ أنْ يَتقَبَّلَ[1] الأرضَ ويَستأجِرَ الأُجراءَ والبُيوتَ)؛ لأنَّ كلَّ ذلك من صَنيعِ التُّجَّارِ، (ويَأخُذَ الأرضَ مُزارَعَةً)؛ لأنَّ فيه تحصيلَ الرِّبحِ، ....

---

(١) أي: يستأجرها. عناية.

وَيَشترِيَ طعاماً فَيَزرَعَهُ في أرضِهِ، وله أنْ يُشارِكَ شَرِكَةَ عَنانٍ، وَيَدفَعَ المالَ مُضارَبَةً وَيَأخُذَها. وله أنْ يُؤاجِرَ نفسَهُ، فإنْ أذِنَ له في نَوعٍ منها دُونَ غَيرِهِ، فهو مأذونٌ في جَمِيعِها، ....

(وَيَشترِيَ طعاماً فَيَزرَعَهُ في أرضِهِ)؛ لأنَّه يَقصِدُ به الرِّبحَ، قال ﷺ: «الزَّارعُ يُتاجِرُ ربَّه»[1].

(وله أنْ يُشارِكَ شَرِكَةَ عَنانٍ[2] وَيَدفَعَ المالَ مُضارَبَةً وَيَأخُذَها)؛ لأنَّه من عادةِ التُّجَّار.

(وله أنْ يُؤاجِرَ نفسَهُ) عندنا، خلافاً للشَّافعيِّ[3] وهو يقول: لا يَملِكُ العقدَ على نفسِهِ فكذا على مَنافِعِها؛ لأنَّها تابعةٌ لها.

ولنا: أنَّ نفسَهُ رأسُ مالِهِ، فَيَملِكُ التَّصرُّفَ فيه، إلَّا إذا كان[4] يَتضمَّنُ إبطالَ الإذنِ كالبيع[5]؛ لأنَّه يَنحَجِرُ به، والرَّهنِ؛ لأنَّه يُحبَسُ به فلا يَحصُلُ مَقصودُ المولى. أمَّا الإجارةُ فلا يَنحَجِرُ به، ويَحصُلُ به المَقصودُ وهو الرِّبحُ، فَيَملِكُه.

قال: (فإنْ أذِنَ له في نَوعٍ منها دُونَ غَيرِهِ، فهو مأذونٌ في جَمِيعِها)، وقال زفر والشَّافعيُّ[6]: لا يكونُ مأذوناً إلَّا في ذلك النَّوعِ، وعلى هذا الخلافِ إذا نَهاهُ عن

---

(١) قال الزيلعي (٤/ ١٦٦): غريب جداً.

(٢) وليس له أن يُشارِكَ شركةَ مُفاوضةٍ؛ لأنَّها تَنعقِدُ على الوكالةِ والكفالةِ، ولا تدخلُ تحت الإذن، فلو فعَلَ ذلك كانت عناناً؛ لأنَّ في المفاوضة عنانا وزيادةً، فصَحَّت بِقَدرِ ما يَملِكُهُ المأذونُ، وهو الوكالة. عناية.

(٣) في حاشيتي قليوبي وعميرة على شرح المحلي (٢/ ٢٤٢): ولا يؤجِّر نفسَهُ، وله أن يؤجِّر مال التِّجارةِ، كعبيدها وثيابها.

(٤) أي: التَّصرُّفُ.

(٥) أي: كبيع نفسِهِ، أو رهنها على دين.

(٦) في حاشيتي قليوبي وعميرة على شرح المحلي (٢/ ٢٤٢): (فإن أذِنَ) له (في نوعٍ لم يَتجاوَزْه) فيبيعُ فيه ويشتري ويستفيد بالإذن فيها ما هو من لَوازِمِها وتوابِعِها، كالنَّشرِ والطَّيِّ، وحَملِ المَتاعِ إلى الحانوت والرَّدِّ بالعيبِ والمُخاصمةِ في العُهدةِ.

وإنْ أذِنَ له في شَيءٍ بِعَينِهِ فَليسَ بِمَأذُونٍ. وإقرارُ المَأذونِ بِالدُّيونِ والغُصُوبِ جائزٌ، وكذا بالوَدائعِ. ....

التَّصرُّفِ في نوعٍ آخر.

لهما: أنَّ الإذنَ توكيلٌ وإنابةٌ من المَولَى؛ لأنَّه يستفيدُ الولايةَ من جهتِهِ، ويَثبُتُ الحُكمُ - وهو المِلكُ - له دونَ العَبدِ، ولهذا يَملِكُ حَجْرَهُ، فيَتَخَصَّصُ بما خَصَّه به، كالمضارِبِ.

ولنا: أنَّه إسقاطُ الحَقِّ وفَكُّ الحَجْرِ، على ما بيَّنَّاه، وعند ذلك تَظهَرُ مالكيَّةُ العبدِ، فلا يَتخصَّصُ بنوعٍ دونَ نوعٍ.

بخلافِ الوكيلِ؛ لأنَّه يَتصرَّفُ في مالِ غيرِهِ، فَتثبُتُ له الولايةُ من جِهَتِهِ[١]، وحكمُ التَّصرُّفِ - وهو المِلكُ - واقعٌ للعبدِ، حتَّى كان له أن يَصرِفَهُ إلى قضاءِ الدَّينِ والنَّفقةِ، وما استغنى عنه يَخلُفُه المالكُ فيه.

قال: (وإنْ أذِنَ له في شَيءٍ بِعَينِهِ فَليسَ بِمَأذُونٍ)؛ لأنَّه استخدامٌ، ومعناه: أنْ يَأمُرَهُ بِشراءِ ثَوبٍ مُعيَّنٍ لِلكِسوةِ أو طَعامٍ رِزقاً لأهلِهِ، وهذا؛ لأنَّه لو صار مأذوناً يَنسَدُّ عليه بابُ الاستخدامِ.

بخلافِ ما إذا قال: «أدِّ إليَّ الغَلَّةَ كلَّ شَهرٍ كذا»، أو قال: «أدِّ إليَّ ألفاً وأنتَ حرٌّ»؛ لأنَّه طلَبَ منه المالَ، ولا يَحصُلُ إلَّا بالكَسْبِ، أو قال له: «اُقعُدْ صَبَّاغاً أو قَصَّاراً»؛ لأنَّه أذِنَ بِشراءِ ما لا بدَّ له منه، وهو نوعٌ، فيصيرُ مأذوناً في الأنواعِ.

قال: (وإقرارُ المَأذونِ بِالدُّيونِ والغُصُوبِ جائزٌ، وكذا بالوَدائعِ)؛ لأنَّ الإقرارَ من تَوابعِ التِّجارةِ، إذ لو لم يَصِحَّ لاجتَنَبَ النَّاسُ مُبايَعَتَهُ ومُعامَلَتَهُ، ولا فَرْقَ بينَ ما إذا كان عليه دينٌ أو لم يكنْ إذا كان الإقرارُ في صِحَّتِهِ، فإنْ كان في مَرضِهِ

---

(١) أي: من جهة الغير.

وليس له أنْ يَتَزَوَّجَ، ولا يُزَوِّجُ مَمالِيكَهُ، ولا يُكاتِبُ إلَّا أنْ يُجِيزَهُ المَولَى ولا دَيْنَ عليه، ولا يُعتِقُ على مالٍ، ولا يُقرِضُ، ولا يَهَبَ بِعِوَضٍ ولا بِغَيرِ عِوَضٍ، وكذا لا يَتصَدَّقُ إلَّا أنْ يُهدِيَ اليَسيرَ مِنَ الطَّعامِ، أو يُضَيِّفَ مَنْ يُطعِمُهُ، ....

يُقدَّمُ دَينُ الصِّحَّةِ كما في الحُرِّ، بخلاف الإقرارِ بما يَجِبُ من المالِ لا بِسَببِ التِّجارةِ[1]؛ لأنَّه كالمَحجُورِ في حقِّه.

قال: (وليس له أنْ يَتَزَوَّجَ)؛ لأنَّه ليس بتجارة.

قال: (ولا يُزَوِّجُ مَمالِيكَهُ)، وقال أبو يوسف: يُزوِّجُ الأمَةَ؛ لأنَّه تحصيلُ المالِ بِمَنافِعِها، فأشبَهَ إجارَتَها.

ولهما: أنَّ الإذنَ يتضمَّنُ التِّجارةَ، وهذا ليس بتجارةٍ، ولهذا لا يَملِكُ تزويجَ العبدِ، وعلى هذا الخلافِ الصَّبيُّ المأذونُ والمُضارِبُ والشَّريكُ شركةَ عَنانٍ والأبُ والوصيُّ.

قال: (ولا يُكاتِبُ)؛ لأنَّه ليس بتجارةٍ، إذ هي مبادَلَةُ المالِ بالمالِ، والبَدَلُ فيه مُقابَلٌ بِفَكِّ الحَجْرِ، فلم يكن تجارةً، (إلَّا أنْ يُجِيزَهُ المَولَى ولا دَيْنَ عليه)؛ لأنَّ المولى قد ملَكَه، ويصيرُ العبدُ نائباً عنه، وترجعُ الحقوقُ إلى المولى؛ لأنَّ الوكيلَ في الكتابة سَفيرٌ.

قال: (ولا يُعتِقُ على مالٍ)؛ لأنَّه لا يَملِكُ الكتابةَ، فالإعتاقُ أولى.

(ولا يُقرِضُ)؛ لأنَّه تبرُّعٌ مَحْضٌ كالهبة.

(ولا يَهَبَ بِعِوَضٍ ولا بِغَيرِ عِوَضٍ، وكذا لا يَتصَدَّقُ)؛ لأنَّ كلَّ ذلك تبرُّعٌ بِصَريحِهِ ابتداءً وانتهاءً، أو ابتداءً فلا يَدخُلُ تحتَ الإذنِ بالتِّجارةِ، قال: (إلَّا أنْ يُهدِيَ اليَسيرَ مِنَ الطَّعامِ، أو يُضَيِّفَ مَنْ يُطعِمُهُ)؛ لأنَّه من ضَروراتِ التِّجارةِ

---

(١) كالكفالةِ والأرشِ والإقرارِ بمَهرٍ. بناية.

وله أنْ يَحُطَّ مِنَ الثَّمَنِ بالعَيبِ مِثلَ ما يَحُطُّ التُّجَّارُ، وله أنْ يُؤجِّلَ في دَينٍ وَجَبَ له، ودُيُونُهُ مُتعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ يُباعُ لِلغُرَماءِ إلَّا أنْ يَفدِيَهُ المَولَى، ....

استجلاباً لِقُلوبِ المُجاهِزِين[1]، بخلافِ المَحجُورِ عليه؛ لأنَّه لا إذنَ له أصلاً، فكيف يَثبُتُ ما هو من ضروراتِهِ.

وعن أبي يوسف: أنَّ المَحجورَ عليه إذا أعطاهُ المَولَى قُوتَ يَومِهِ، فَدَعا بعضَ رُفَقائِهِ على ذلك الطَّعامِ، فلا بأس به، بخلاف ما إذا أعطاه قُوتَ شَهرٍ؛ لأنَّهم لو أكلوه قبلَ الشَّهرِ يَتضرَّرُ به المولى.

قالوا: ولا بأسَ للمرأة أن تتصدَّقَ مِنْ مَنزِلِ زَوجِها بالشَّيءِ اليَسيرِ، كالرَّغيفِ ونحوه؛ لأنَّ ذلك غيرُ مَمنوعٍ عنه في العادة.

قال: (وله أنْ يَحُطَّ مِنَ الثَّمَنِ بالعَيبِ مِثلَ ما يَحُطُّ التُّجَّارُ)؛ لأنَّه مِنْ صَنيعِهِم، وربَّما يكونُ الحَطُّ أنظَرَ له من قَبولِ المَعيبِ ابتداءً.

بخلاف ما إذا حَطَّ من غَيرِ عَيبٍ؛ لأنَّه تبرُّعٌ مَحْضٌ بعدَ تَمامِ العقدِ، فليس من صَنيعِ التُّجَّارِ، ولا كذلك المُحاباةُ في الابتداء؛ لأنَّه قد يَحتاجُ إليها على ما بيَّناه.

(وله أنْ يُؤجِّلَ في دَينٍ وَجَبَ له)؛ لأنَّه من عادةِ التُّجَّار.

قال: (ودُيُونُهُ مُتعَلِّقَةٌ بِرَقَبَتِهِ يُباعُ لِلغُرَماءِ إلَّا أنْ يَفدِيَهُ المَولَى)، وقال زفر والشَّافعيُّ[2]: لا يُباعُ، ويُباعُ كَسْبُه في دَينِهِ بالإجماع.

لهما: أنَّ غَرَضَ المولى من الإذنِ تَحصيلُ مالٍ لم يكنْ، لا تَفويتُ مالٍ قد كان له، وذلك في تعليقِ الدَّينِ بِكَسبِهِ، حتَّى إذا فَضَلَ شيءٌ منه عن الدَّينِ يَحصُلُ له لا بالرَّقبةِ.

---

(١) «المُجاهِزُ» هو الغنيُّ من التُّجَّار، فكأنَّه أريد المُجهِّز، وهو الذي يَبعَثُ التُّجَّارَ بالجَهازِ، وهو فاخرُ المَتاعِ، أو يُسافِرُ به، فَحُرِّفَ إلى المُجاهِزِ. عناية عن المغرب.

(٢) انظر روضة الطالبين (٣/ ٥٧٠) ط المكتب الإسلامي.

ويُقسَمُ ثَمَنُهُ بينهم بالحِصَصِ، ....

بخلافِ دَينِ الاستهلاكِ[١]؛ لأنَّه[٢] نوعُ جِنايةٍ، واستهلاكُ الرَّقبةِ بالجنايةِ لا يَتعلَّقُ بالإذن.

ولنا: أنَّ الواجبَ في ذمَّةِ العبدِ ظَهَر وُجوبُهُ في حقِّ المولى، فيتعلَّقُ بِرَقَبتِهِ استيفاءً كَدَينِ الاستهلاكِ، والجامعُ دَفْعُ الضَّررِ عن النَّاس، وهذا؛ لأنَّ سببَهُ التِّجارةُ، وهي داخلةٌ تحتَ الإذنِ.

وتَعلُّقُ الدَّينِ بِرَقَبَتِهِ استيفاءً حاملٌ على المُعاملةِ[٣]، فَمِنْ هذا الوجهِ[٤] صَلَحَ غَرَضاً للمولى، ويَنعدِمُ الضَّررُ في حقِّهِ[٥] بدخولِ المَبيعِ في مِلكِهِ.

وتَعلُّقُهُ[٦] بالكَسبِ لا يُنافي تَعلُّقَهُ بالرَّقبةِ، فيَتَعلَّقُ بهما، غيرَ أنَّه يُبدَأُ بالكَسبِ في الاستيفاءِ لِحَقِّ الغُرَماءِ وإبقاءً لِمَقصودِ المَولى، وعندَ انعدامِهِ[٧] يُستَوفَى من الرَّقبة.

وقولُهُ في الكتاب: «ديونه» المرادُ منه دَينٌ وَجَبَ بالتِّجارةِ، أو بما هو في معناها، كالبيعِ والشِّراءِ والإجارةِ والاستئجارِ وضَمانِ الغُصوبِ والودائعِ والأماناتِ إذا جَحَدَها، وما يَجِبُ من العقرِ بِوَطءِ المُشتَرَاةِ بعدَ الاستحقاقِ؛ لاستنادِهِ إلى الشِّراءِ فَيُلحَقُ به.

قال: (ويُقسَمُ ثَمَنُهُ بينهم بالحِصَصِ)؛ لِتعلُّقِ حقِّهم بالرَّقبةِ، فصارَ كَتَعلُّقِها

---

(١) هذا جوابُ سؤالٍ مقدَّرٍ، تقريره أن يقال: إذا استهلكَ شيئاً تعلَّق دينُه برقبته، تُباعُ فيه، فهذا كذلك. بناية.

(٢) أي: الاستهلاك.

(٣) جوابٌ عن قولهما: إنَّ غَرَضَ المولى من الإذن تحصيلُ مالٍ له ... إلخ. عناية.

(٤) أي: من جهةِ تعلُّقِ الدَّينِ برقبتِهِ استيفاءً.

(٥) أي: في حقِّ المولى. بناية.

(٦) أي: الدَّين.

(٧) أي: انعدامِ الكسب.

فإنْ فَضَلَ شيءٌ من دُيونِهِ طُولِبَ به بعدَ الحُرِّيَّةِ، ولا يُباعُ ثانياً، ويَتعَلَّقُ دَينُهُ بِكَسبِهِ، سواءٌ حصَلَ قبلَ لُحُوقِ الدَّينِ أو بَعْدَهُ، ويَتعَلَّقُ بما يَقبَلُ مِنَ الهِبَةِ، ولا يَتعَلَّقُ بما انتَزَعَهُ المَولَى مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الدَّينِ، ولَهُ أنْ يَأخُذَ غَلَّةَ مِثلِهِ بعدَ الدَّينِ، فإنْ حَجَرَ عليه لم يَنْحَجِرْ حَتَّى يَظْهَرَ حَجْرُهُ بينَ أهلِ سُوقِهِ. ....

بالتَّركةِ، **(فإنْ فَضَلَ شيءٌ من دُيونِهِ طُولِبَ به بعدَ الحُرِّيَّةِ)**؛ لِتَقرُّرِ الدَّينِ في ذِمَّتِهِ، وعَدَمِ وفاءِ الرَّقبةِ به، **(ولا يُباعُ ثانياً)** كي لا يَمتنِعَ البيعُ[1]، أو دفعاً للضَّررِ عن المشتري[2].

(ويَتعَلَّقُ دَينُهُ بِكَسبِهِ، سواءٌ حصَلَ قبلَ لُحُوقِ الدَّينِ أو بَعْدَهُ، ويَتعَلَّقُ بما يَقبَلُ مِنَ الهِبَةِ)؛ لأنَّ المولى إنَّما يَخلُفُهُ[3] في المِلكِ بعدَ فراغِهِ عن حاجةِ العبدِ، ولم يَفرُغ.

(ولا يَتعَلَّقُ بما انتزَعَهُ المَولَى مِنْ يَدِهِ قَبْلَ الدَّينِ)؛ لِوُجودِ شَرطِ الخُلُوصِ له.

(ولَهُ أنْ يَأخُذَ غَلَّةَ مِثلِهِ بعدَ الدَّينِ[4])؛ لأنَّه لو لم يُمكَّن منه[5] يَحجُرْ عليه فلا يَحصُلُ الكَسبُ، والزِّيادةُ على غَلَّةِ المِثلِ يَردُّها على الغُرماءِ لِعَدَمِ الضَّرورة فيها، وتَقدُّمِ حقِّهم.

قال: **(فإنْ حَجَرَ عليه لم يَنْحَجِرْ حَتَّى يَظْهَرَ حَجْرُهُ بينَ أهلِ سُوقِهِ)**؛ لأنَّه لو انْحَجَرَ لَتضرَّرَ النَّاسُ به؛ لِتأخُّرِ حقِّهم إلى ما بعدَ العِتقِ لمَّا لم يَتعلَّقْ بِرَقبتِهِ

---

(١) فإنَّ المشتري إذا عَلِم أنَّ العبدَ الذي يَشتريهِ يُباعُ في يدِهِ ثانياً بدونِ اختيارِهِ امتَنَعَ عن شِرائِهِ، فلا يَحصُلُ البيعُ الأوَّلُ، ويَتضرَّرُ الغُرَماء. عناية.

(٢) لأنَّه لم يأذنْ له في التِّجارة، فلم يكن راضياً بِبَيعِهِ بسببِ الدَّينِ، فلو بِيعَ عليه مع ذلك تَضرَّر به. عناية.

(٣) أي: يَخلُفُ عبدَهُ المأذون.

(٤) الغَلَّةُ: كلُّ ما يَحصُلُ مِن رَيعِ الأرضِ أو كِرائها أو أُجرةِ غُلامٍ أو نحو ذلك.
ومعناه: له أن يأخذَ الضَّريبةَ التي ضَرَبها عليه في كلِّ شهرٍ بعدما لَزِمَته الدُّيونُ كما كان يأخُذُه قبلَ ذلك، وما زاد على ذلك من رَيعِهِ كان للغرماء، ولا يأخذ أكثَرَ مِمَّا كان يأخُذُهُ قبلَ الدُّيون.

(٥) أي: من أخذِ الغَلَّة.

ولو ماتَ المَولَى أو جُنَّ أو لَحِقَ بِدارِ الحَربِ مُرتَدّاً، صارَ المأذُونُ مُحجُوراً عليه.
وإذا أبَقَ العبدُ صارَ مَحْجُوراً عليه.

وكَسبِهِ، وقد بايعوه على رجاءِ ذلك[1].

ويُشتَرَطُ عِلمُ أكثَرِ أهلِ سُوقِهِ، حتَّى لو حَجَرَ عليه في السُّوقِ وليس فيه إلَّا رجلٌ أو رجلانِ لم يَنحَجِرْ، ولو بايَعُوه جازَ، وإنْ بايَعَهُ الذي عَلِمَ بِحَجرِهِ.

ولو حَجَرَ عليه في بَيتِهِ بِمَحضَرٍ من أكثَرِ أهلِ سُوقِهِ يَنحَجِر.

والمُعتَبَرُ شُيوعُ الحَجرِ واشتِهارُهُ، فَيُقامُ ذلك مُقامَ الظُّهورِ عندَ الكلِّ، كما في تَبليغِ الرِّسالةِ من الرُّسلِ عليهم الصَّلاةُ والسَّلام.

ويبقى العبدُ مأذوناً إلى أنْ يَعلَمَ بالحَجرِ، كالوكيل إلى أن يَعلَمَ بالعَزلِ، وهذا؛ لأنَّه[2] يَتضرَّرُ به، حيثُ يَلزَمُهُ قَضاءُ الدَّينِ من خالِصِ مالِهِ بعد العتقِ، وما رَضِيَ به.

وإنَّما يُشتَرَطُ الشُّيوعُ في الحَجرِ إذا كان الإذنُ شائعاً. أمَّا إذا لم يَعلَمْ به إلَّا العبدُ، ثمَّ حُجِرَ عليه بِعلمٍ منه يَنحجِرُ؛ لأنَّه لا ضرر فيه.

قال: (ولو ماتَ المَولَى أو جُنَّ أو لَحِقَ بدارِ الحَربِ مُرتَدّاً، صارَ المأذُونُ مُحجُوراً عليه)؛ لأنَّ الإذنَ غيرُ لازِمٍ، وما لا يكونُ لازماً من التَّصرُّفِ يُعطَى لِدَوامِهِ حكمَ الابتداءِ، هذا[3] هو الأَصلُ، فلا بدَّ من قيام أهليَّةِ الإذنِ في حالةِ البقاءِ، وهي تَنعدِمُ بالموتِ والجُنونِ، وكذا باللُّحوقِ لأنَّه مَوتٌ حُكماً، حتَّى يُقسَمُ مالُهُ بين ورثَتِهِ.

قال: (وإذا أبَقَ العبدُ صارَ مَحْجُوراً عليه)، وقال الشَّافعي[4]: يبقى مأذوناً؛ لأنَّ الإباقَ لا يُنافي ابتداءَ الإذنِ، فكذا لا يُنافي البقاءَ، وصار كالغَصْب.

---

(١) أي: على رجاءِ تعلُّقِ حقِّهم برقبته أو كسبِهِ، فيكونُ على الإذنِ إلى أن يَعلَمَ بحجره.
(٢) أي: العبد.
(٣) أشار به إلى قوله: «وما لا يكون لازماً من التَّصرُّفِ يُعطى ...»إلخ.
(٤) انظر روضة الطالبين (٣/ ٢٢٥) ط دار الكتب العلمية.

وإذا وَلَدَتِ المأذونُ لها مِنْ مَولاها، فذلك حَجْرٌ عليها، ويَضمَنُ المَولَى قِيمَتَها إنْ رَكِبَتْها دُيونٌ. وإذا استَدَانَتِ الأَمَةُ المَأذونُ لها أكثَرَ مِنْ قِيمَتِها فَدَبَّرَها المَولَى، فهي مَأذونٌ لها على حالِها، وإذا حَجَرَ على المأذونِ له فإقرارُهُ جائزٌ فيما في يَدِهِ من المالِ عند أبي حنيفة. ....

ولنا: أنَّ الإباق حَجرٌ دِلالةً؛ لأنَّه إنَّما يَرضَى بِكونِهِ مأذوناً على وَجهٍ يَتمكَّنُ من تَقضيةِ دَينِهِ بِكَسبِهِ، بخلاف ابتداءِ الإذنِ؛ لأنَّ الدِّلالةَ لا مُعتبَرَ بها عند وُجودِ التَّصريحِ بخلافها، وبخلافِ الغَصبِ؛ لأنَّ الانتزاعَ من يدِ الغاصِبِ مُتيسِّرٌ.

قال: (وإذا وَلَدَتِ المأذونُ لها مِنْ مَولاها، فذلك حَجْرٌ عليها)، خلافاً لزفر، وهو يَعتبِرُ حالةَ البقاءِ بالابتداء.

ولنا: أنَّ الظَّاهرَ أنَّه يُحصِّنُها بعدَ الوِلادةِ، فيكونُ دِلالةَ الحَجرِ عادةً، بخلافِ الابتداءِ؛ لأنَّ الصَّريحَ قاضٍ على الدِّلالة.

(ويَضمَنُ المَولَى قِيمَتَها إنْ رَكِبَتْها دُيونٌ)؛ لإتلافِهِ محلاً تَعلَّقَ به حقُّ الغُرَماءِ، إذ به يَمتنِعُ البيعُ، وبه يُقضَى حقُّهم.

قال: (وإذا استَدَانَتِ الأَمَةُ المَأذونُ لها أكثَرَ مِنْ قِيمَتِها فَدَبَّرَها المَولَى، فهي مَأذونٌ لها على حالِها)؛ لانعدام دلالةِ الحَجرِ، إذ العادةُ ما جَرَتْ بِتَحصينِ المُدبَّرةِ، ولا منافاةَ بين حُكْمَيها[1] أيضاً، والمولى ضامِنٌ لِقيمَتِها لِما قرَّرناه في أمِّ الولد.

قال: (وإذا حَجَرَ على المأذونِ له فإقرارُهُ جائزٌ فيما في يَدِهِ من المالِ عند أبي حنيفة)، ومعناه: أنْ يُقِرَّ بما في يدِهِ أنَّه أمانةٌ لغيره، أو غَصَبَ منه، أو يُقِرَّ بِدَينٍ عليه، فَيُقضَى مِمَّا في يده.

وقال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا يجوزُ إقرارُهُ.

(١) أي: حكم الإذن والتَّدبير.

وإذا لَزِمَتْهُ دُيونٌ تُحيطُ بِمالِهِ ورَقَبَتِهِ، لم يَملِكِ المَولَى ما في يَدِهِ، ولو أعتَقَ مِنْ كَسبِهِ عبداً لم يَعتِقْ عند أبي حنيفة، وقالا: يَملِكُ ما في يَدِهِ ويَعتِقُ وعليه قِيمَتُهُ، ......

لهما: أنَّ المُصَحِّحَ لإقرارِهِ إنْ كان الإذنَ فقد زالَ بالحَجْرِ، وإنْ كان اليدَ فالحَجرُ أبطَلَها؛ لأنَّ يد المَحجورِ غيرُ مُعتَبَرَةٍ، وصار كما إذا أخَذَ المولى كَسْبَهُ من يدِهِ قبلَ إقرارِهِ، أو ثبتَ حَجْرُهُ بالبيع من غيره، ولهذا لا يَصِحُّ إقرارُهُ في حقِّ الرَّقبةِ بعدَ الحَجْرِ.

وله: أنَّ المُصحِّحَ هو اليد، ولهذا لا يصحُّ إقرارُ المأذونِ فيما أخَذَه المولى من يدِهِ، واليدُ باقيةٌ حقيقةً، وشَرْطُ بُطلانِها بالحَجرِ حُكماً فَراغُها عن حاجَتِهِ، وإقرارُهُ دليلُ تَحقُّقِها.

بخلاف ما إذا انتزَعَه المولى من يدِهِ قبلَ الإقرارِ؛ لأنَّ يدَ المولى ثابتةٌ حقيقةً وحكماً، فلا تبطلُ بإقرارِهِ، وكذا مِلكُهُ ثابتٌ في رَقَبتِهِ، فلا يَبطُلُ بإقرارِهِ من غيرِ رضاه، وهذا بخلاف ما إذا باعه؛ لأنَّ العبدَ قد تبدَّلَ بِتَبدُّلِ المِلكِ على ما عُرِف[1]، فلا يبقى ما ثَبَتَ بِحُكمِ المِلكِ، ولهذا لم يكن خَصماً فيما باشَرَه قبلَ البيع.

قال: (وإذا لَزِمَتْهُ دُيونٌ تُحيطُ بِمالِهِ ورَقَبَتِهِ، لم يَملِكِ المَولَى ما في يَدِهِ، ولو أعتَقَ مِنْ كَسبِهِ عبداً لم يَعتِقْ عند أبي حنيفة. وقالا: يَملِكُ ما في يَدِهِ ويَعتِقُ، وعليه قِيمَتُهُ)؛ لأنَّه وُجِدَ سببُ المِلكِ في كَسبِهِ، وهو مِلكُ رَقبتِهِ، ولهذا يَملِكُ إعتاقَها[2]، ووَطْءَ الجاريةِ المأذونِ لها، وهذا آيةُ كمالِهِ.

بخلافِ الوارثِ[3]؛ لأنَّه يَثبُتُ المِلكُ له نظَراً لِلمُورِّثِ، ......

---

(١) إشارة إلى حديث بريرة، فإنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «هو لها صدقة ولنا هدية»، فإنَّ الحكمَ فيه تبدَّل بتبدُّل الملك. بناية.

(٢) أي: ولوجودِ سبب الملك يملكُ المولى إعتاقَ الرَّقبة.

(٣) جواب عمَّا يُقال: سلَّمنا ذلك، لكن المانعُ مُتحقِّقٌ، وهو إحاطةُ الدَّين، فإنَّها تَمنَعُ عن ذلك كما =

وإنْ لم يكنِ الدَّينُ مُحيطاً بمالِهِ، جازَ عِتقُهُ في قَولِهِم جميعاً. وإذا باعَ مِنَ المَولَى شيئاً بِمِثلِ قِيمَتِهِ جازَ، وإنْ باعَهُ بِنُقصانٍ لم يَجُزْ مُطلَقاً، ....

والنَّظرُ في ضِدِّهِ[1] عندَ إحاطةِ الدَّينِ بتركتِهِ، أمَّا مِلكُ المَولى فما ثَبَتَ نظراً للعبد.

وله: أنَّ مِلكَ المولى إنَّما يَثبُتُ خِلافَةً عن العبدِ عندَ فراغِهِ عن حاجَتِهِ، كَمِلكِ الوارِثِ على ما قرَّرناه[2]، والمُحيطُ به الدَّينُ مَشغولٌ بها، فلا يَخلُفُهُ فيه[3].

وإذا عُرِفَ ثُبوتُ المِلْكِ وعَدَمُه فالعِتقُ فُرَيعَتُهُ[4].

وإذا نَفَذَ عندهما يَضمَنُ قيمَتَهُ لِلغُرَماءِ لتَعلُّقِ حقِّهِم به.

قال: (وإنْ لم يكنِ الدَّينُ مُحيطاً بمالِهِ، جازَ عِتقُهُ في قَولِهِم جميعاً)، أمَّا عندهما فظاهرٌ، وكذا عنده؛ لأنَّه لا يَعرَى عن قليلِهِ، فلو جُعِلَ مانعاً لانسدَّ بابُ الانتفاعِ بِكَسبِهِ، فَيَختَلُّ ما هو المقصودُ من الإذنِ، ولهذا لا يمنع[5] مِلكَ الوارِثِ، والمُستغرِقُ يَمنَعُهُ.

قال: (وإذا باعَ مِنَ المَولَى شيئاً بِمِثلِ قِيمَتِهِ جازَ)؛ لأنَّه كالأجنبيِّ عن كَسبِهِ، إذا كان عليه دَينٌ يُحيطُ بِكَسبِهِ.

(وإنْ باعَهُ بِنُقصانٍ لم يَجُزْ مُطلَقاً)؛ لأنَّه مُتَّهمٌ في حقِّه، بخلاف ما إذا حابى

= في التَّركةِ إذا استغرَقَتْها الدُّيونُ، فإنَّها تمنَعُ إعتاقَ الوارِثِ.
فأجاب: بخلاف الوارث إذا أعتَقَ عبداً من التَّركةِ وهي مشغولةٌ كلُّها بالدَّين، حيث لا ينفذُ؛ لأنَّه يثبتُ الملكُ ... إلخ. بناية.

(١) أي: في ضدِّ ثبوتِ المِلكِ لِلوارِثِ، وهو قَضاءُ الدَّينِ؛ لأنَّه فرضٌ عليه، والميراثُ صِلَةٌ. عناية.

(٢) يعني: في مسألة تعلُّق الدَّينِ بِكَسبِهِ، انظر قوله: «ويتعلق الدَّينُ بكسبه» ص (٣٤).

(٣) يعني: كما أنَّ الدَّينَ المُحيطَ بالتَّركةِ يَمنَعُ مِلكَ الوارثِ في الرَّقبةِ، فكذلك الدَّينُ المُحيطُ بالكَسبِ والرَّقبةِ يَمنَعُ مِلكَ المولى؛ لأنَّ الخلافةَ في المَوضِعَينِ لانعدامِ أهليَّةِ المِلكِ في المال.

(٤) أي: إذا عُرِفَ ثُبوتُ المِلكِ عندهما، وعدمُ ثبوتِ الملكِ عنده، عُرِفَ العِتقُ وعَدَمُه لكونِهِ فرعاً عن الملك، فمَنْ قال بِثُبوتِ المِلكِ قال بِنَفاذِ العتق، ومن لم يقل به أبطله.

(٥) أي: قليلُ الدَّين.

الأجنبيَّ عند أبي حنيفة؛ لأنَّه لا تُهمَةَ فيه، وبخلافِ ما إذا باعَ المريضُ مِنَ الوارثِ بِمِثلِ قِيمَتِهِ، حيثُ لا يَجوزُ عنده؛ لأنَّ حقَّ بقيَّةِ الوَرثةِ تَعلَّقَ بِعَينِهِ، حتَّى كان لأحدِهِم الاستخلاصُ بأداءِ قِيمَتِهِ. أمَّا حقُّ الغُرماءِ تعلَقَّ بالماليَّةِ لا غير، فافترقا.

وقال أبو يوسف ومحمد: إنْ باعَهُ بِنُقصانٍ يَجوزُ البيعُ، ويُخيَّرُ المولى: إن شاءَ أزالَ المُحاباة، وإنْ شاءَ نقَضَ البيع.

وعلى المَذهبَينِ اليسيرُ من المُحاباةِ والفاحشُ سواءٌ.

ووجهُ ذلك[١]: أنَّ الامتناعَ لِدَفعِ الضَّررِ عن الغُرماءِ، وبهذا[٢] يَندفِعُ الضَّررُ عنهم.

وهذا[٣] بخلافِ البيعِ من الأجنبيِّ بالمُحاباةِ اليَسيرةِ حيثُ يجوز ولا يُؤمَرُ بإزالةِ المُحاباةِ، والمَولَى يُؤمَرُ به؛ لأنَّ البيعَ باليَسيرِ منهما[٤] مُتردِّدٌ بينَ التَّبرُّعِ[٥] والبيع؛ لِدُخولِهِ تحتَ تَقويمِ المُقوِّمِينَ، فاعتبرناه تَبرُّعاً في البيعِ مع المَولَى لِلتُّهمةِ، غيرَ تَبرُّعٍ في حقِّ الأجنبيِّ لانعدامها.

وبخلافِ ما إذا باعَ مِنَ الأجنبيِّ بالكثيرِ من المُحاباةِ، حيثُ لا يَجوزُ أصلاً عندهما، ومِنَ المولى يَجوزُ ويُؤمَرُ بإزالةِ المحاباة؛ لأنَّ المُحاباةَ لا تجوزُ من العبدِ المأذونِ على أصلِهما إلَّا بإذنِ المولى، ولا إذنَ في البيع مع الأجنبيِّ، وهو إذنٌ بِمُباشرتِهِ بنفسِهِ، غيرَ أنَّ إزالةَ المُحاباةِ لِحَقِّ الغُرماءِ، وهذان الفَرقانِ على أصلهما[٦].

---

(١) أي: وجه الجوازِ مع التَّخيير. بناية.

(٢) أي: بالتَّخيير.

(٣) أي: الذي ذكرناه من الجَوازِ والتَّخيير. عناية.

(٤) أي: من المَولَى والأجنبيِّ.

(٥) أمَّا التَّبرُّعُ فَلِخُلوِّ البيعِ عن الثَّمنِ في قَدْرِ المُحاباة، وأمَّا البيعُ فَلِدخولِهِ تحتَ ... إلخ.

(٦) المراد بالفَرقَينِ: الفَرقُ بينَ المَولَى والأجنبيِّ في حَقِّ المُحاباةِ اليَسيرةِ، حيثُ يُؤمَرُ المولى بإزالتِها دونَ الأجنبيِّ، والفرقُ بينهما في الكثيرةِ حيثُ لا تجوزُ عندهما مع الأجنبيِّ أصلاً وتجوزُ مع المولى ويُؤمَرُ بالإزالة. عناية.

وإنْ باعَهُ المَولَى شيئاً بِمِثلِ القيمةِ أو أقَلَّ، جازَ البيعُ، فإنْ سَلَّمَ المَبيعَ إليه قَبْلَ قَبضِ الثَّمنِ بَطَلَ الثَّمنُ، وإنْ أمسَكَهُ في يَدِهِ حتَّى يَستوفِيَ الثَّمَنَ جازَ، ولو باعَهَ بِأكثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ يُؤمَرُ بِإزالَةِ المُحاباةِ أو بِنَقضِ البَيعِ. وإذا أعتَقَ المَولَى المَأذونَ وعليه دُيونٌ، فَعِتقُهُ جائزٌ، وما بَقِيَ مِنَ الدُّيونِ يُطالَبُ به بعدَ العِتْقِ، ....

قال: (وإنْ باعَهُ المَولَى شيئاً بِمِثلِ القيمةِ أو أقَلَّ، جازَ البيعُ)؛ لأنَّ المولى أجنبيٌّ عن كَسبِهِ إذا كان عليه دَينٌ على ما بيَّنَّاه، ولا تُهمةَ في هذا البيعِ؛ ولأنَّه مُفيدٌ فإنَّه يدخلُ في كَسبِ العبدِ ما لم يكن فيه، ويَتمكَّنُ المولى من أَخذِ الثَّمنِ بعدَ أن لم يكن له هذا التَّمكُّن، وصحَّةُ التَّصرُّفِ تتبعُ الفائدة.

(فإنْ سَلَّمَ المَبيعَ إليه[1] قَبْلَ قَبضِ الثَّمنِ بَطَلَ الثَّمنُ)؛ لأنَّ حقَّ المولى في العَينِ من حيثُ الحَبْسُ، فلو بَقِيَ بعد سُقوطِهِ يبقى في الدَّينِ، ولا يَستوجِبُهُ المولى على عبدِهِ، بخلافِ ما إذا كان الثَّمنُ عَرَضاً؛ لأنَّه يَتعيَّنُ، وجاز أن يبقى حقُّهُ مُتعلِّقاً بالعين.

قال: (وإنْ أمسَكَهُ[2] في يَدِهِ حتَّى يَستوفِيَ الثَّمَنَ جازَ)؛ لأنَّ البائعَ له حقُّ الحَبسِ في المَبيعِ، ولهذا كان أخَصَّ به من الغُرَماءِ، وجاز أن يكونَ لِلمَولَى حقٌّ في الدَّين إذا كان يَتعلَّق بالعينِ.

(ولو باعَهَ بِأكثَرَ مِنْ قِيمَتِهِ يُؤمَرُ بِإزالَةِ المُحاباةِ أو بِنَقضِ البَيعِ)، كما بيَّنَّا في جانبِ العبدِ؛ لأنَّ الزِّيادةَ تعلَّقَ بها حقُّ الغُرماءِ.

قال: (وإذا أعتَقَ المَولَى المَأذونَ وعليه دُيونٌ، فَعِتقُهُ جائزٌ)؛ لأنَّ مِلكَهُ فيه باقٍ، والمَولَى ضامنٌ لِقيمَتِهِ لِلغُرماءِ؛ لأنَّه أتلَفَ ما تعلَّقَ به حقُّهم بيعاً واستيفاءً من ثمنِهِ، (وما بَقِيَ مِنَ الدُّيونِ يُطالَبُ به بعدَ العِتْقِ)؛ لأنَّ الدَّينَ في ذِمَّتِهِ، وما لَزِمَ المولى إلَّا بِقَدْرِ ما أتلَفَ ضماناً، فبقي الباقي عليه كما كان، ....

---

(١) أي: إلى العبد.

(٢) أي: أمسكَ المولى المبيعَ في يده.

فإنْ كانَ أقلَّ مِنْ قِيمَتِهِ ضَمِنَ الدَّينَ لا غير، وإنْ باعَهُ المَولَى وعليه دَيْنٌ يُحيطُ بِرَقَبَتِهِ، وقَبَضَهُ المُشتري وغَيَّبَهُ، فإنْ شاءَ الغُرَماءُ ضَمَّنُوا البائعَ قِيمَتَهُ، وإنْ شاؤوا ضَمَّنُوا المُشترِيَ، وإنْ شاؤوا أجازوا البيعَ وأخَذُوا الثَّمنَ، فإنْ ضَمَّنُوا البائعَ قِيمَتَهُ، ثمَّ رُدَّ على المَولَى بِعَيبٍ، فَلِلْمَولَى أنْ يَرجِعَ بِالقِيمَةِ، ويكونُ حقُّ الغُرَماءِ في العَبدِ. ولو كان المَولَى باعَهُ مِنْ رَجلٍ وأعلَمَهُ بِالدَّينِ، فَلِلْغُرَماءِ أنْ يَرُدُّوا البيعَ، ....

(فإنْ كانَ أقلَّ مِنْ قِيمَتِهِ ضَمِنَ الدَّينَ لا غير)؛ لأنَّ حقَّهم بِقَدْرِهِ.

بخلافِ ما إذا أعتَقَ المُدبَّرَ وأمَّ الولدِ المأذونَ لهما، وقد رَكِبَتْهما ديونٌ؛ لأنَّ حقَّ الغُرماءِ لم يَتعلَّقْ بِرَقَبَتِهِما استيفاءً بالبيع، فلم يكن المولى مُتلِفاً حقَّهم، فلم يَتضمَّنْ شيئاً.

قال: (وإنْ باعَهُ المَولَى وعليه دَيْنٌ يُحيطُ بِرَقَبَتِهِ وقَبَضَهُ المُشتري وغَيَّبَهُ، فإنْ شاءَ الغُرَماءُ ضَمَّنُوا البائعَ قِيمَتَهُ، وإنْ شاؤوا ضَمَّنُوا المُشترِيَ)؛ لأنَّ العبدَ تعلَّقَ به حقُّهم حتَّى كان لهم أن يَبيعُوهُ، إلَّا أن يَقضِيَ المولى دَيْنَهم، والبائعُ مُتلِفٌ حقَّهم بالبيع والتَّسليم، والمُشتري بالقَبضِ والتَّغييبِ، فَيُخيَّرون في التَّضمين.

(وإنْ شاؤوا أجازوا البيعَ وأخَذُوا الثَّمنَ)؛ لأنَّ الحَقَّ لهم، والإجازةُ اللَّاحقةُ كالإذنِ السَّابقِ، كما في المرهون[1].

(فإنْ ضَمَّنُوا البائعَ قِيمَتَهُ، ثمَّ رُدَّ على المَولَى بِعَيبٍ، فَلِلْمَولَى أنْ يَرجِعَ بِالقِيمَةِ، ويكونُ حقُّ الغُرَماءِ في العَبدِ)؛ لأنَّ سببَ الضَّمانِ قد زالَ، وهو البيعُ والتَّسليمُ، وصار كالغاصِبِ إذا باعَ وسَلَّمَ وضَمِنَ القيمةَ، ثمَّ رُدَّ عليه بالعيب، كان له أن يَرُدَّ على المالِكِ ويَستردَّ القيمةَ، كذا هذا.

قال: (ولو كان المَولَى باعَهُ مِنْ رَجلٍ وأعلَمَهُ بِالدَّينِ، فَلِلْغُرَماءِ أنْ يَرُدُّوا البيعَ)؛ لِتعلُّقِ حقِّهم، وهو حقُّ الاستسعاءِ والاستيفاءِ من رَقَبَتِهِ، وفي كلٍّ واحدٍ منهما فائدةٌ،

---

(١) يعني: أنَّ الرَّاهن إذا باعَ المرهونَ بدونِ إجازةِ المُرتَهِنِ، ثمَّ أجازَهُ المُرتَهِنُ جاز البيعُ؛ لأنَّ الإجازةَ في الانتهاءِ كالإذن في الابتداء. عناية.

فإنْ كانَ البائعُ غائباً فلا خُصُومةَ بينهم وبينَ المشتري عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: المشتري خَصْمُهُم ويُقضَى لهم بِدَينِهِم. ومَنْ قَدِمَ مِصراً وقال: «أنا عبدٌ لِفُلانٍ» فاشتَرَى وباعَ لَزِمَهُ كُلُّ شيءٍ مِنَ التِّجارةِ، ....

فالأوَّلُ[1] تامٌّ مُؤخَّرٌ، والثَّاني ناقِصٌ مُعجَّلٌ، وبالبيع تَفوتُ هذه الخِيَرَةُ، فلهذا كان لهم أن يَردُّوه.

قالوا: تأويلُهُ إذا لم يَصِلْ إليهم الثَّمنُ، فإنْ وَصَلَ ولا مُحاباةَ في البيعِ، ليس لهم أن يَردُّوهُ لِوُصولِ حقِّهم إليهم.

قال: **(فإنْ كانَ البائعُ غائباً فلا خُصُومةَ بينهم وبينَ المشتري)**، معناه: إذا أنكَرَ الدَّينَ[2]، وهذا **(عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: المشتري خَصْمُهُم ويُقضَى لهم بِدَينِهِم)**.

وعلى هذا الخلافِ إذا اشترى داراً وَوَهَبَها وسَلَّمَها وغابَ، ثمَّ حَضَرَ الشَّفيعُ، فالموهوبُ له ليس بِخَصمٍ عندهما، خلافاً له. وعنهما مِثلُ قولِهِ في مسألةِ الشُّفعة.

لأبي يوسف: أنَّه يَدَّعي المِلكَ لنفسِهِ، فيكونُ خَصْماً لكلِّ مَن يُنازِعُهُ.

ولهما: أنَّ الدَّعوى تَتَضمَّنُ فَسْخَ العَقدِ، وقد قام بهما، فيكونُ الفسخُ قضاءً على الغائب.

قال: **(ومَنْ قَدِمَ مِصراً وقال: «أنا عبدٌ لِفُلانٍ» فاشتَرَى وباعَ لَزِمَهُ كُلُّ شيءٍ مِنَ التِّجارةِ)**؛ لأنَّه إنْ أخبَرَ بالإذنِ فالإخبارُ دليلٌ عليه، وإنْ لم يُخبِرْ فَتَصرُّفُه دليلٌ عليه، إذِ الظَّاهرُ أنَّ المَحجورَ يَجري على موجَبِ حَجرِهِ، والعملُ بالظَّاهرِ هو الأصلُ في المُعاملاتِ، كي لا يضيقَ الأمرُ على النَّاس.

---

(١) يعني: الاستسعاء.

(٢) وإنَّما قيَّدَ بالإنكارِ؛ لأنَّ المشتري إذا أقرَّ بِدَينِهِم وصَدَّقهم في الدَّعوى، كان لهم أن يَردُّوا البيعَ بلا خلاف. عناية.

إِلَّا أَنَّهُ لا يُباعُ في الدَّين حتَّى يَحضُرَ مَولاهُ، فإنْ حَضَرَ فقال: «هو مأذونٌ» بِيعَ في الدَّينِ، وإنْ قال: «هو مَحجُورٌ» فالقَولُ قولُهُ.

فصل

وإذا أذِنَ وَليُّ الصَّبيِّ لِلصَّبيِّ في التِّجارةِ، فهو في البَيعِ والشِّراءِ كالعَبدِ المأذُونِ إذا كان يَعقِلُ البيعَ والشِّراءَ، حتَّى يَنفُذَ تصرُّفُهُ.

(إِلَّا أَنَّهُ لا يُباعُ [في الدَّين][1] حتَّى يَحضُرَ مَولاهُ[2])؛ لأنَّه لا يُقبَلُ قولُهُ في الرَّقبةِ؛ لأنَّها خالِصُ حقِّ المولى، بخلافِ الكَسبِ؛ لأنَّه حقُّ العبدِ على ما بيَّنَّا[3].

(فإنْ حَضَرَ فقال: «هو مأذونٌ» بِيعَ في الدَّينِ)؛ لأنَّه ظهَرَ الدَّينُ في حقِّ المولى، (وإنْ قال: «هو مَحجُورٌ» فالقَولُ قولُهُ)؛ لأنَّه مُتمسِّكٌ بالأصل.

(فصل)

(وإذا أذِنَ وَليُّ الصَّبيِّ لِلصَّبيِّ في التِّجارةِ، فهو في البَيعِ والشِّراءِ كالعَبدِ المأذُونِ إذا كان يَعقِلُ البيعَ والشِّراءَ، حتَّى يَنفُذَ تَصرُّفُهُ).

وقال الشَّافعيُّ: لا يَنفُذُ؛ لأنَّ حَجْرَه لِصِباهُ فَيَبقَى بِبَقائِهِ، ولأنَّه مُوَلًّى عليه، حتَّى يَملِكُ الوليُّ التَّصرُّفَ عليه، ويَملِكُ حَجْرَهُ فلا يكونُ والياً لِلمُنافاةِ، وصارَ كالطَّلاقِ والعِتاقِ، بخلافِ الصَّومِ والصَّلاةِ؛ لأنَّه لا يُقامُ بالوليِّ[4]، وكذا الوصيَّةُ على أصلِهِ فَتحقَّقتِ الضَّرورةُ إلى تنفيذِهِ منه، أمَّا البيعُ والشِّراءُ فيتولَّاه الوليُّ، فلا ضرورةَ هاهنا.

---

(١) زيادة من (ج).

(٢) استثناءٌ من قوله: «لَزِمَهُ كلُّ شيءٍ»، ومعناه: أنَّه إذا لم يكن في كَسبِهِ وَفاءٌ لا يُباعُ في الدَّينِ حتَّى يَحضُرَ مَولاهُ. عناية.

(٣) يريد به قوله: «ويتعلَّقُ دَينُهُ بِكَسبِهِ، إلى أن قال: «لأنَّ المولى إنَّما يَخلُفُه في المِلكِ بعد فَراغِهِ عن حاجةِ العبد»، انظر ص (٣٤).

(٤) أي: فيَصِحَّانِ منه.

ولنا: أنَّ التَّصرُّفَ المَشروعَ صَدَرَ من أهلِهِ في مَحلِّهِ عن وِلايةٍ شرعيَّةٍ، فَوَجَب تنفيذُهُ على ما عُرِف تقريرُهُ في الخلافيَّات.

والصِّبا سببُ الحَجرِ لِعَدَمِ الهدايةِ، لا لِذاتِهِ، وقد ثبتَتَ[1] نظراً إلى إذنِ الوليِّ، وبقاءُ ولايتِهِ لِنَظَرِ الصَّبيِّ لاستيفاءِ المَصلحةِ بِطَريقينِ[2]، واحتمالِ[3] تبدُّلِ الحال.

بخلاف الطَّلاقِ والعِتاقِ؛ لأنَّه[4] ضارٌّ مَحضٌ، فلم يُؤهَّل له. والنَّافعُ المَحضُ كَقَبولِ الهبةِ والصَّدقةِ يُؤهَّلُ له قبلَ الإذنِ، والبيعُ والشِّراءُ دائرٌ بينَ النَّفعِ والضَّررِ، فَيُجعَلُ أهلاً له بعدَ الإذنِ لا قبلَهُ، لكن قبلَ الإذنِ يكونُ موقوفاً منه على إجازةِ الوَليِّ؛ لاحتمالِ وُقوعِهِ نظَراً، وصحَّةِ[5] التَّصرُّفِ في نفسِهِ.

وذِكرُ الوَليِّ في الكتابِ يَنتظِمُ الأبَ والجَدَّ عندَ عَدَمِهِ، والوَصيَّ، والقاضيَ، والواليَ، بخلافِ صاحبِ الشُّرَط؛ لأنَّه ليس إليه تقليدُ القُضاة.

والشَّرطُ أن يَعقِلَ كَوْنَ البيعَ سالباً لِلمِلكِ جالباً لِلرِّبحِ.

والتَّشبيهُ بالعبدِ المأذونِ له، يُفيدُ أنَّ ما يَثبُتُ في العبدِ مِنَ الأحكامِ يَثبُتُ في حقِّه؛ لأنَّ الإذنَ فَكُّ الحَجرِ، والمأذونُ يَتصرَّفُ بأهليَّةِ نفسِهِ، عبداً كان أو صبيّاً، فلا يتقيَّدُ تصرُّفُه بنوعٍ دونَ نوعٍ.

ويَصيرُ مأذوناً بالسُّكوتِ[6] كما في العبد.

---

(1) أي: الهداية إلى التَّصرُّفات.

(2) أي: بمباشرةِ وليِّه له، وبِمُباشرةِ نفسِهِ، فكان مَرحمَةً في حقِّهِ، فوجب اعتبارُهُ. عناية.

(3) بالجرِّ عطفاً على قوله: «لاستيفاء المصلحة»، أي: إنَّ حالَ الصَّبيِّ يَحتمِلُ أن يَتبدَّلَ من الهداية إلى غيرها، فأبقينا ولايةَ الوليِّ لِيَتدارَكَ ذلك. بناية.

(4) أي: لأنَّ كلَّ واحد من الطَّلاقِ والعِتاق.

(5) بالجرِّ عطفا لقوله: «لاحتمال وقوعه»، أي: ولِصِحَّةِ التَّصرُّفِ في نفسِهِ. بناية.

(6) بأن يراه وليُّهُ يبيع ويشتري فيسكتُ، لكن هذا في الأب والجدِّ والوصيِّ، لا القاضي.

ويصحُّ إقرارُهُ بما في يَدِهِ مِنْ كَسبِهِ، وكذا بِمَوْرُوثِهِ[1] في ظاهِرِ الرِّوايةِ، كما يَصِحُّ إقرارُ العبدِ.

ولا يَملِكُ تزويجَ عبدِهِ ولا كِتابَتَهُ، كما في العبدِ.

والمَعتُوهُ الذي يَعقِلُ البيعَ والشِّراءَ بمنزلةِ الصَّبيِّ، يَصيرُ مأذوناً بإذنِ الأبِ والجَدِّ والوَصيِّ دونَ غيرِهِم على ما بيَّنَّاه[2]، وحكمُهُ حكمُ الصَّبيِّ، والله أعلم.



(١) أي: بأن أقرَّ بشيءٍ من تَرِكةِ أبيه لإنسانٍ.

(٢) يعني: قوله: «وذِكرُ الوليِّ في الكتابِ يَنتظِمُ الأبَ والجَدَّ ...» إلخ. عناية.

كتاب الغصب



كِتَابُ الغصب

ومَنْ غَصَبَ شيئاً له مِثلٌ كالمَكيلِ والمَوزُونِ، فَهَلَكَ في يَدِهِ، فَعَلَيهِ مِثْلُهُ، فإنْ لم يَقدِرْ على مِثْلِهِ فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ يومَ يَختَصِمُونَ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: يومَ الغَصبِ، وقال محمد: يومَ الانقطاعِ. ....

(كتاب الغصب)

الغَصبُ في اللُّغةِ: أخذُ الشَّيءِ من الغَيرِ على سَبيلِ التَّغلُّبِ للاستعمالِ فيه بين أهلِ اللُّغة.

وفي الشَّريعةِ: أخذُ مالٍ مُتقوِّمٍ مُحترَمٍ بغيرِ إذنِ المالكِ على وَجهٍ يُزيلُ يَدَهُ. حتَّى كان استخدامُ العبدِ، وحملُ الدَّابَّةِ غَصْباً دونَ الجلوسِ على البساطِ.

ثمَّ إنْ كانَ مع العلم فَحكمُهُ المأثَمُ والمَغرَمُ، وإن كان بدونِهِ فالضَّمانُ؛ لأنَّه حقُّ العبدِ فلا يَتوقَّفُ على قَصدِهِ، ولا إثم؛ لأنَّ الخطأَ موضوعٌ.

قال: (ومَنْ غَصَبَ شيئاً له مِثلٌ كالمَكيلِ والمَوزُونِ، فَهَلَكَ في يَدِهِ، فَعَلَيهِ مِثلُهُ)، وفي بعضِ النُّسخ: «فعليهِ ضَمانُ مِثلِهِ»، ولا تَفاوُتَ بينهما، وهذا لأنَّ الواجبَ هو المِثلُ؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البَقَرَة: ١٩٤]، ولأنَّ المِثلَ أعدَلُ؛ لِما فيه من مُراعاةِ الجنسِ والماليَّةِ، فكان أدفَعَ لِلضَّررِ.

قال: (فإنْ لم يَقدِرْ على مِثْلِهِ فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ يومَ يَختَصِمُونَ) وهذا (عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يومَ الغَصبِ. وقال محمد: يومَ الانقطاعِ).

لأبي يوسف: أنَّه لمَّا انقَطَعَ التَحقَ بما لا مِثلَ له، فَتُعتَبرُ قيمَتُهُ يومَ انعقادِ السَّببِ، إذ هو المُوجِب.

وما لا مِثلَ له فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ يومَ غَصبِهِ. وعلى الغاصِبِ رَدُّ العَينِ المَغصُوبةِ، ......

ولمحمَّد: أنَّ الواجِبَ المِثلُ في الذِّمَّةِ، وإنَّما يَنتقِلُ إلى القيمةِ بالانقطاعِ، فَتُعتبَرُ قيمتُهُ يومَ الانقطاع .

ولأبي حنيفة: أنَّ النَّقلَ لا يَثبُتُ بِمُجرَّدِ الانقطاعِ، ولهذا لو صَبَرَ إلى أن يُوجَدَ جِنسُهُ له ذلك، وإنَّما يَنتقِلُ بقضاءِ القاضي، فَتُعتَبَرُ قِيمَتُهُ يومَ الخُصومةِ والقضاءِ، بخلافِ ما لا مِثلَ له؛ لأنَّه مُطالَبٌ بالقيمةِ بأصلِ السَّببِ كما وُجِد، فَتُعتَبَرُ قِيمتُهُ عند ذلك.

قال: (وما لا مِثلَ له فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ يومَ غَصبِهِ)، معناه: العَدَديَّاتُ المُتفاوِتَةُ؛ لأنَّه لمَّا تعذَّر مُراعاةُ الحَقِّ في الجنسِ فَيُراعى في الماليَّةِ وَحْدَها دَفْعاً للضَّررِ بِقَدْرِ الإمكان.

أمَّا العَدديُّ المُتقارِبُ فهو كالمَكيلِ، حتَّى يَجِبُ مِثلُهُ لِقلَّةِ التَّفاوتِ.

وفي البُرِّ المَخلُوطِ بالشَّعيرِ القِيمةُ؛ لأنَّه لا مِثلَ له.

قال: (وعلى الغاصِبِ رَدُّ العَينِ المَغصُوبةِ)، معناه: ما دام قائماً؛ لقوله ﷺ: «على اليدِ ما أخذَتْ حتَّى تَرُدَّ»[1]، وقال ﷺ: «لا يَحِلُّ لأحدٍ أنْ يَأخُذَ مَتاعَ أخيهِ لاعِباً ولا جادّاً، فإنْ أخَذَهَ فَليَرُدَّهُ عليه»[2]، ولأنَّ اليدَ حقٌّ مقصودٌ، وقد فوَّتها عليه فيجبُ إعادَتُها بالرَّدِّ إليه، وهو المُوجِبُ الأصليُّ على ما قالوا، ورَدُّ القيمةِ

(١) أخرج أحمد (٥/٨) (٢٠٣٤٦)، والترمذي في البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة (١٢٦٦)، وأبو داود في الإجارة، باب: في تضمين العارية (٣٥٦١)، وابن ماجه في الصدقات، باب: العارية (٢٤٠٠) عن الحَسَن عن سَمُرَة، قال: قال رسول الله ﷺ: «على اليدِ ما أخذَت، حتَّى تؤدِّي»، ثم نَسِيَ الحسَنُ، فقال: هو أمينُكَ لا ضَمانَ عليه.

(٢) أخرجه أبو داود في الأدب، باب: من يأخذ الشيء على المزاح (٥٠٠٣)، والترمذي في الفتن، باب: ما جاء دماؤكم وأموالكم عليكم حرام (٢١٦٠) عن يزيد بن السَّائب، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يأخُذَنَّ أحَدُكم مَتاعَ أخيهِ جادّاً، ولا لاعباً، وإذا أخَذَ أحَدُكم عصا أخيهِ، فَليَرُدَّها عليه»، واللفظ لأبي داود

والواجِبُ الرَّدُّ في المكانِ الذي غَصَبَهُ، فإنِ ادَّعَى هَلاكَها حَبَسَهُ الحاكِمُ حتَّى يَعْلَمَ أنَّها لو كانتْ باقِيَةً لأظْهَرَها، ثمَّ قَضَى عليه بِبَدَلِها. والغَصْبُ فيما يُنقَلُ ويُحوَّلُ، وإذا غَصَبَ عَقاراً فَهَلَكَ في يَدِهِ لم يَضْمَنْهُ، ....

مَخلَصٌ خَلَفاً؛ لأنَّه قاصرٌ، إذ الكمالُ في ردِّ العينِ والماليَّةِ.

وقيل: المُوجِبُ الأصليُّ القيمةُ، ورَدُّ العينِ مَخلَصٌ، ويَظهَرُ ذلك في بعضِ الأحكام[1].

(والواجِبُ الرَّدُّ في المكانِ الذي غَصَبَهُ) لِتَفاوُتِ القِيَم بِتَفاوتِ الأماكنِ.

(فإنِ ادَّعَى هَلاكَها حَبَسَهُ الحاكِمُ حتَّى يَعلَمَ أنَّها لو كانتْ باقِيَةً لأظْهَرَها، ثمَّ قَضَى عليه بِبَدَلِها)؛ لأنَّ الواجبَ رَدُّ العَينِ، والهَلاكُ بعارضٍ، فهو يدَّعي أمراً عارضاً خلافَ الظَّاهرِ، فلا يُقبَلُ قولُهُ، كما إذا ادَّعى الإفلاسَ وعليه ثَمَنُ مَتاعٍ، فَيُحبَسُ إلى أن يُعلَمَ ما يدَّعيهِ، فإذا عُلِمَ الهَلاكُ سَقَطَ عنه رَدُّهُ، فَيَلزمُهُ رَدُّ بدَلِهِ، وهو القيمةُ.

قال: (والغَصبُ فيما يُنقَلُ ويُحوَّلُ)؛ لأنَّ الغَصْبَ بِحَقيقتِهِ يَتحقَّقُ فيه دونَ غيرِهِ؛ لأنَّ إزالةَ اليدِ بالنَّقل.

(وإذا غَصَبَ عَقاراً فَهَلَكَ في يَدِهِ لم يَضْمَنْهُ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يضمنُهُ، وهو قولُ أبي يوسف الأوَّل، وبه قال الشَّافعيُّ[2] لِتَحقُّقِ إثباتِ اليدِ، ومن ضَرورتِهِ زوالُ يدِ المالِكِ؛ لاستحالةِ اجتماعِ اليدينِ على محلٍّ واحدٍ في حالةٍ واحدةٍ، فيتحقَّقُ الوَصفانِ، وهو الغَصبُ على ما بيَّنَّاه، فصار كالمنقولِ وجُحودِ الوَديعةِ.

---

(١) فمنها: ما إذا أبرأَ الغاصِبَ عن الضَّمانِ حالَ قيامِ العَينِ، فإنَّه يَبرأُ حتَّى لو هَلَكَ بعدَ ذلك لا ضَمانَ عليه، ولو لم يكن وُجوبُ القيمةِ على الغاصِبِ في الحالِ ثابتاً، لَمَا صَحَّ الإبراءُ؛ لأنَّ الإبراءَ عنِ العَينِ لا يصحُّ. عناية.

(٢) انظر مغني المحتاج شرح المنهاج (٢/ ٢٧٩)، وروضة الطالبين (٥/ ٨) ط المكتب الإسلامي.

وما نَقَصَهُ منه بِفعلِهِ أو سُكناهُ، ضَمِنَهُ في قَولِهِم جميعاً. وإذا انتَقَصَ الأرض بالزِّراعةِ يَغرَمُ النُّقصانَ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يَتصدَّقُ بالفَضلِ. وإذا هَلَكَ النَّقليُّ في يدِ الغاصِبِ بِفِعْلِهِ، أو بِغَيرِ فِعلِهِ ضَمِنَهُ، ....

ولهما: أنَّ الغَصبَ إثباتُ اليدِ بإزالةِ يدِ المالكِ بِفعلٍ في العَينِ، وهذا لا يُتصوَّرُ في العَقارِ؛ لأنَّ يدَ المالكِ لا تَزولُ إلا بإخراجِهِ عنها، وهو فِعلٌ فيه لا في العَقارِ، فصارَ كما إذا بَعَّدَ المالِكَ عن المواشي[1].

وفي المنقولِ النَّقلُ فِعلٌ فيه، وهو الغَصبُ. ومسألةُ الجُحودِ مَمنوعَةٌ، ولو سُلِّم فالضَّمانُ هناكَ بِتركِ الحِفْظِ المُلتزَمِ، وبالجُحودِ تاركٌ لذلك.

قال: (وما نَقَصَهُ منه بِفعلِهِ أو سُكناهُ، ضَمِنَهُ في قَولِهِم جميعاً)؛ لأنَّه إتلافٌ، والعقارُ يُضمَنُ به، كما إذا نَقَلَ تُرابَهُ؛ لأنَّه فِعلٌ في العَينِ، ويدخلُ فيما قاله إذا انهدَمَتِ الدَّارُ بِسُكناهُ وعَملِهِ.

فلو غَصَبَ داراً وباعَها وسَلَّمَها وأقَرَّ بذلك، والمشتري يُنكِرُ غَصْبَ البائعِ، ولا بيِّنَةَ لصاحِبِ الدَّارِ، فهو على الاختلافِ في الغَصبِ[2]، هو الصَّحيح.

قال: (وإذا انتقَصَ [الأرض][3] بالزِّراعةِ يَغرَمُ النُّقصانَ[4])؛ لأنَّه أتلَفَ البعضَ، فيأخُذُ رأسَ مالِهِ ويَتصدَّقُ بالفَضْل. قال: (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يَتصدَّقُ بالفَضلِ)، وسنذكر الوجهَ من الجانبين.

قال: (وإذا هَلَكَ النَّقليُّ في يدِ الغاصِبِ بِفِعْلِهِ، أو بِغَيرِ فِعلِهِ ضَمِنَهُ)، وفي أكثَرِ نُسَخِ المُختصَرِ: «وإذا هَلَكَ الغَصبُ» والمَنقولُ هو المرادُ؛ لِما سَبَقَ أنَّ الغصبَ

---

(١) أي: حتى تَلِفَت، فإنَّ ذلك لا يكون غصباً.

(٢) أي: في غَصبِ العقار، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا ضمان عليه، خلافاً لمحمد.

(٣) زيادة من (ج).

(٤) ويُعرَفُ النُّقصانُ بأن يُنظَرَ بكم تُستأجَرُ هذه الأرضُ قبلَ استعمالها، وبكم تُستأجَرُ بعد استعمالها، فَتَفاوُتُ ما بينهما نُقصانُها. عناية.

وإنْ نَقَصَ في يَدِهِ ضَمِنَ النُّقصانَ. ومَنْ غَصَبَ عبداً فاسْتَغَلَّهُ، فَنَقَصَتْهُ الغَلَّةُ، فَعَلَيهِ النُّقصانُ، ويَتصَدَّقُ بِالغَلَّةِ، ....

فيما يُنقَلُ، وهذا؛ لأنَّ العينَ دَخَل في ضمانِهِ بالغَصبِ السَّابِقِ، إذ هو السَّبب. وعند العَجزِ عن ردِّهِ يَجِبُ رَدُّ القيمةِ، أو يتقرَّرُ بذلك السَّبب، ولهذا تُعتَبَرُ قيمتُهُ يومَ الغَصبِ.

(وإنْ نَقَصَ في يَدِهِ ضَمِنَ النُّقصانَ)؛ لأنَّه يَدخُلُ جميعُ أجزائِهِ في ضَمانِهِ بالغَصبِ، فما تَعذَّر ردُّ عينِهِ يجبُ ردُّ قيمتِهِ.

بخلافِ تَراجُعِ السِّعرِ[1] إذا رُدَّ في مكانِ الغَصبِ؛ لأنَّه عبارةٌ عن فُتورِ الرَّغباتِ دونَ فَوتِ الجُزءِ.

وبخلافِ المَبيعِ[2]؛ لأنَّه ضمانُ عَقدٍ، أمَّا الغَصبُ فَقبضٌ، والأوصافُ تُضمَنُ بالفِعلِ لا بالعَقدِ على ما عُرِف.

قال ﵁: ومُرادُهُ غيرُ الرِّبويِّ[3]، أمَّا في الرِّبويَّاتِ لا يُمكِنُهُ تَضمينُ النُّقصانِ مع استردادِ الأصلِ؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى الرِّبا.

قال: (ومَنْ غَصَبَ عبداً فاسْتَغَلَّهُ، فَنَقَصَتْهُ الغَلَّةُ، فَعَلَيهِ النُّقصانُ)؛ لِما بيَّنَّا[4] (ويَتصَدَّقُ بِالغَلَّةِ)، قال ﵁: وهذا عندهما أيضاً. وعنده: لا يَتصدَّقُ بالغَلَّةِ، وعلى هذا الخلافِ إذا أجَّرَ المُستعيرُ المُستعارَ.

---

(١) أي: لا يَضمَنُ الغاصبُ ما نَقَصَ من قيمتِهِ بتراجعِ السِّعر.

(٢) يعني: إذا نَقَصَ شيءٌ من قيمةِ المَبيعِ في يدِ البائعِ بِفَواتِ وَصفٍ منه، قبلَ أن يَقبِضَهُ المشتري، لا يَضمَنُ البائعُ شيئاً لِنُقصانِهِ، حتَّى لا يَسقطُ شيءٌ من الثَّمنِ عن المشتري بسبب نُقصانِ الوَصفِ وإنْ فَحُشَ النُّقصان، كما لو اشترى جاريةً بمائةٍ مثلاً فاعورَّت في يدِ البائعِ، فصارت تساوي خمسين، كان المشتري مخيَّراً بين إمضاءِ البيعِ وفَسخِهِ، فلو اختار البيعَ وَجَبَ عليه تَسليمُ تَمامِ المائةِ كما شَرَط؛ لأنَّه ضمانُ عَقدٍ، والأوصافُ لا تُضمَنُ به. عناية.

(٣) أي: مرادُ القدوريِّ ﵀ بقوله: «وإنْ نَقَص في يده ضَمِنَ النُّقصان».

(٤) أي: عند قوله قبل قليل: «لأنَّه دخل جميعُ أجزائه في الضَّمان بالغصب». بناية.

فلو هَلَكَ العبدُ في يَدِ الغاصِبِ حتَّى ضَمِنَهُ، له أن يَستَعِينَ بِالغَلَّةِ في أداءِ الضَّمانِ.
ومَنْ غَصَبَ ألفاً فاشتَرَى بها جاريةً، فَباعَها بِألفينِ، ثمَّ اشتَرَى بالألفينِ جارِيةً، فَباعَها بِثلاثَةِ آلافِ دِرهَمٍ، فإنَّه يَتصدَّقُ بِجَميعِ الرِّبحِ، وهذا عندهما. ....

لأبي يوسف: أنَّه حصَلَ في ضمانِهِ ومِلكِهِ. أمَّا الضَّمانُ فظاهرٌ، وكذا المِلكُ؛ لأنَّ المَضموناتِ تُملَكُ بأداءِ الضَّمانِ مُستَنِداً إلى وَقتِ الغَصبِ عندنا.

ولهما: أنَّه حصَلَ بسببٍ خَبيثٍ، وهو التَّصرُّفُ في مِلكِ الغير، وما هذا حالُهُ فَسبيلُهُ التَّصدُّقُ، إذِ الفَرعُ يَحصُلُ على وَصفِ الأصلِ، والمِلكُ المُستنِدُ[1] ناقصٌ، فلا يَنعدِمُ به الخُبثُ.

(فلو هَلَكَ العبدُ في يَدِ الغاصِبِ حتَّى ضَمِنَهُ، له أن يَستَعِينَ بِالغَلَّةِ في أداءِ الضَّمانِ)؛ لأنَّ الخُبثَ لأجلِ المالكِ، ولهذا لو أدَّى[2] إليه يُباحُ له التَّناولُ، فَيَزولُ الخُبثُ بالأداءِ إليه.

بخلاف ما إذا باعَهُ فَهَلَك في يدِ المشتري، ثمَّ استُحِقَّ وغَرِمَه[3]، ليس له[4] أن يَستعِينَ بالغَلَّةِ في أداءِ الثَّمنِ إليه؛ لأنَّ الخُبثَ ما كان لِحَقِّ المشتري، إلَّا إذا كان لا يَجِدُ غيرَهُ؛ لأنَّه مُحتاجٌ إليه، وله أن يَصرِفَه إلى حاجةِ نفسِهِ، فلو أصابَ مالاً تصدَّقَ بمثلِهِ إنْ كان غنيّاً وقتَ الاستعمالِ، وإن كان فقيراً فلا شيءَ عليه لِما ذكرنا.

قال: (ومَنْ غَصَبَ ألفاً فاشتَرَى بها جاريةً، فَباعَها بِألفينِ، ثمَّ اشتَرَى بالألفينِ جارِيةً، فَباعَها بِثلاثَةِ آلافِ دِرهَمٍ، فإنَّه يَتصدَّقُ بِجَميعِ الرِّبحِ، وهذا عندهما).

---

(١) أي: المستند إلى الضَّمان.
(٢) أي: لو أدَّى الغاصبُ الغَلَّةَ إلى المالك مع أداء العبد ... إلخ.
(٣) أي: غَرِم المشتري قيمةَ العبدِ. بناية.
(٤) أي: ليس للغاصب - الذي هو البائع - أن يَستعينَ بالغَلَّةِ في أداءِ الثَّمنِ إلى المشتري، لأنَّ الخُبثَ ما كان لحقِّ المشتري حتَّى يزول بالصَّرف إليه.

وإنِ اشتَرَى بالألفِ جاريةً تُساوي ألفَينِ، فَوَهَبَها، أو طعاماً فأكَلَهُ، لم يَتصَدَّقْ بِشَيءٍ.

وأصلُهُ[1] أنَّ الغاصِبَ أو المُودَعَ، إذا تَصرَّفَ في المَغصوبِ أو الوَديعةِ ورَبِحَ لا يَطيبُ له الرِّبحُ عندهما، خلافاً لأبي يوسف، وقد مرَّتِ الدَّلائلُ[2]، وجوابُهُما في الوديعةِ أظهر؛ لأنَّه لا يَستنِدُ المِلكُ إلى ما قبلَ التَّصرُّفِ؛ لانعدامِ سببِ الضَّمانِ، فلم يكنِ التَّصرُّفُ في مِلكِهِ[3].

ثمَّ هذا[4] ظاهرٌ فيما يَتعيَّنُ بالإشارةِ، أمَّا فيما لا يَتعيَّنُ كالثَّمنينِ، فقولُهُ في الكتاب: «اشترى بها» إشارةٌ إلى أنَّ التَّصدُّقَ إنَّما يَجِبُ إذا اشترى بها ونَقَدَ منها الثَّمَن.

أمَّا إذا أشار إليها ونَقَدَ من غَيرِها، أو نَقَدَ منها وأشار إلى غيرِها، أو أطلَقَ إطلاقاً ونَقَدَ منها يَطيبُ له، وهكذا قال الكرخيُّ؛ لأنَّ الإشارةَ إذا كانت لا تُفيد التَّعيينَ لا بدَّ أن يتأكَّدَ بالنَّقدِ؛ لِيَتحقَّقَ الخُبثُ.

وقال بعضُ مشايخنا: لا يَطيبُ له قبلَ أن يَضْمَن، وكذا بعدَ الضَّمانِ بكلِّ حالٍ، وهو المختارُ لإطلاقِ الجَوابِ في الجامِعَينِ والمُضاربةِ[5].

قال: **(وإنِ اشتَرَى بالألفِ جاريةً تُساوي ألفَينِ، فَوَهَبَها، أو طعاماً فأكَلَهُ، لم يَتصَدَّقْ بِشَيءٍ)**، وهذا قولهم جميعاً؛ لأنَّ الرِّبحَ إنَّما يتبيَّنُ عندَ اتِّحادِ الجنس.



(١) أي: أصل الخلاف.

(٢) أي: في مسألة «ومن غصب عبداً فاستغلَّه»، انظر ص (٥٣).

(٣) أي: فيكون الرِّبحُ خبيثاً. بناية.

(٤) أي: عدمُ طيبِ الرِّبح. بناية.

(٥) أي: في المضاربةِ من كتاب المبسوط، حيث قال: يتصدَّقُ بجميع الرِّبح مطلَقاً. بناية.

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

وإذا تَغَيَّرتِ العَينُ المَغصُوبةُ بِفِعلِ الغاصِبِ حتَّى زالَ اسْمُها وأعظَمُ مَنافِعِها، زالَ مِلكُ المَغصُوبِ منه عنها، ومَلَكَها الغاصِبُ وضَمِنَها، ولا يَحِلُّ له الانتفاعُ بها حتَّى يُؤدِّي بَدَلَها، كَمَنْ غَصَبَ شاةً وذَبَحَها وشَواها، أو طَبَخَها، أو حِنطَةً فَطَحَنَها، أو حديداً فاتَّخَذَه سيفاً، أو صُفراً فَعَمِلَهُ آنيةً. ....

(فصل فيما يتغير بفعل الغاصب)

قال: (وإذا تَغَيَّرتِ العَينُ المَغصُوبةُ بِفِعلِ الغاصِبِ حتَّى زالَ اسْمُها وأعظَمُ مَنافِعِها، زالَ مِلكُ المَغصُوبِ منه عنها، ومَلَكَها الغاصِبُ وضَمِنَها، ولا يَحِلُّ له الانتفاعُ بها حتَّى يُؤدِّي بَدَلَها، كَمَنْ غَصَبَ شاةً وذَبَحَها وشَواها، أو طَبَخَها، أو حِنطَةً فَطَحَنَها، أو حديداً فاتَّخَذَه سيفاً، أو صُفراً فَعَمِلَهُ آنيةً)، وهذا كلُّه عندنا.

وقال الشَّافعيُّ رحمه الله[(١)]: لا يَنقطِعُ حقُّ المالكِ، وهو روايةٌ عن أبي يوسف رحمه الله، غيرَ أنَّه إذا اختارَ أخْذَ الدَّقيقِ لا يُضمِّنُه النُّقصانَ عنده[(٢)]؛ لأنَّه يؤدِّي إلى الرِّبا، وعند الشَّافعيِّ: يُضمِّنُه.

وعن أبي يوسف: أنَّه يَزولُ مِلكُهُ عنه، لكنَّه يُباعُ في دَينِهِ، وهو أحقُّ بهِ مِنَ الغُرَماءِ بعدَ موتِهِ.

للشَّافعيِّ: أنَّ العينَ باقٍ، فَيبقَى على مِلكِهِ، وتَتْبَعُه الصَّنعةُ، كما إذا هَبَّتِ الرِّيحُ في الحِنطَةِ وألقَتْها في طاحونةِ الغيرِ، فَطُحِنَت[(٣)].

ولا مُعتَبَرَ بِفعلِهِ[(٤)]؛ لأنَّه مَحظورٌ، فلا يَصلُحُ سبباً للملكِ على ما عُرِفَ،

---

(١) انظر روضة الطالبين للنووي (٥/ ٢٤) ط المكتب الإسلامي.

(٢) أي: عند أبي يوسف.

(٣) فإنَّ الدَّقيقَ يكونُ لمالكِ الحنطةِ، كذلك هذا. عناية.

(٤) هذا جوابٌ عمَّا يقال: إنَّ مِثلَ هذا تمثيلٌ فاسدٌ؛ لأنَّه تَخلَّلَ في صورةِ النِّزاعِ فِعلُ الغاصِبِ دونَ المُستشهَدِ به. فأجاب بقوله: ولا معتبر ... إلخ

فصار كما إذا انعدَمَ الفِعلُ أصلاً، وصارَ كما إذا ذَبَحَ الشَّاةَ المَغصوبةَ وسَلَخَها وأرَّبَها[١].

ولنا: أنَّه أحدَثَ صَنْعَةً مُتقوِّمةً، فَصيَّرَ حقَّ المالِكِ هالكاً من وَجهٍ، ألا ترى أنَّه تَبدَّلَ الاسمُ وفاتَ مُعظَمُ المَقاصِدِ، وحَقُّهُ في الصَّنعةِ قائمٌ من كلِّ وَجهٍ، فَيترجَّحُ على الأصلِ الذي هو فائتٌ من وجهٍ، ولا نَجعَلُه سبباً لِلمِلكِ من حيثُ إنَّه مَحظورٌ، بل من حيثُ إنَّه إحداثُ الصَّنعةِ.

بخلاف الشَّاةِ؛ لأنَّ اسمَها باقٍ بعدَ الذَّبحِ والسَّلخِ، وهذا الوجهُ[٢] يَشمَلُ الفُصولَ المَذكورةَ، ويَتفرَّعُ عليه غيرُها فاحفَظْهُ.

وقوله: «ولا يَحِلُّ له الانتفاعُ بها حتَّى يُؤدِّي بَدَلَها» استحسانٌ، والقياسُ أن يكونَ له ذلك، وهو قولُ الحسنِ وزفر، وهكذا عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، رواه الفقيهُ أبو اللَّيث.

ووجهُهُ: ثُبوتُ المِلكِ المُطلَقِ [المجوِّز][٣] لِلتَّصرُّف؛ ألا ترى أنَّه لو وَهَبَه، أو باعَهُ جازَ.

وجهُ الاستحسان: قولُه ﷺ في الشَّاةِ المَذبوحةِ المَصليَّةِ بِغَيرِ رِضاءِ صاحِبِها: «أَطعِمُوها الأسارى»[٤] أفاد الأمرُ بالتَّصدُّقِ زوالَ مِلكِ المالكِ، وحُرمةَ الانتفاعِ

---

(١) أي: جعَلَها عضواً عضواً. فإنَّ فِعلَ الغاصِبِ فيه موجودٌ وليس بسببٍ للملك، لكونه محظوراً. عناية.

(٢) أي: وجهُ الاستدلالِ ببقاءِ الاسمِ على عَدَمِ انقطاعِ حقِّ المالِكِ، وبِفَواتِ الاسم على انقطاعِ حقِّ المالك، شاملٌ لعامَّةِ فُصولِ مسائلِ الغَصبِ، فإنَّه إذا غَصَب دقيقاً فخَبَزَه، أو غَزْلاً فَنَسَجَه، أو قُطناً فغَزَلَه، أو سِمْسِماً فَعَصَرَه، يَنقطِعُ حقُّ المالكِ لِتبدُّلِ الاسم.
وأمَّا إذا غَصَب ثوباً فَصَبَغَه بِعُصفُرٍ لم ينقطع، وكان بالخيار على ما سيجيء؛ لأنَّ عينَ الثَّوبِ قائمٌ لم يَتبدَّل اسمُهُ. عناية.

(٣) زيادة من (ج).

(٤) أخرج أحمد (٥/ ٢٩٣) (٢٢٨٧٦)، وأبو داود في البيوع، باب: في اجتناب الشبهات (٣٣٣٢)، واللفظ له: عن رجل من الأنصار، قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ في جنازة، فرأيتُ رسولَ الله =

وإنْ غَصَبَ فِضَّةً أو ذَهَباً فَضَرَبَها دراهمَ أو دَنانيرَ أو آنيةً، لم يَزُلْ مِلكُ مالِكِها عنها عند أبي حنيفة، فَيأخُذُها ولا شيءَ للغاصِبِ، وقالا: يَملِكُها الغاصِبُ وعليه مِثلُها.

للغاصِبِ قبلَ الإرضاءِ، ولأنَّ في إباحةِ الانتفاعِ فَتْحَ بابِ الغَصبِ، فَيحرُمُ قبلَ الإرضاءِ حَسْماً لِمادَّةِ الفساد.

ونَفاذُ بَيعِهِ وهِبَتِهِ مع الحُرمةِ؛ لِقيامِ المِلكِ كما في المِلكِ الفاسِدِ.

وإذا أدَّى البدَلَ يُباحُ له؛ لأنَّ حقَّ المالِكِ صار مُوفًّى بالبَدَلِ، فحَصَلَت مبادلةٌ بالتَّراضي، وكذلك إذا أبرأه لِسُقُوطِ حقِّهِ به، وكذا إذا أدَّى بالقَضاءِ، أو ضَمَّنَه الحاكم، أو ضمَّنَه المالكُ؛ لِوُجودِ الرِّضا منه؛ لأنَّه لا يقضي إلَّا بطلبِهِ.

وعلى هذا الخلاف إذا غَصَبَ حِنطةً فَزرَعَها، أو نَواةً فَغرَسَها، غيرَ أنَّه عند أبي يوسف يُباحُ الانتفاعُ فيهما قبلَ أداءِ الضَّمانِ؛ لِوُجودِ الاستهلاكِ من كلِّ وجهٍ، بخلاف ما تقدَّم لقيام العَينِ فيه من وجهٍ.

وفي الحنطةِ يَزرَعُها لا يَتصدَّقُ بالفَضلِ عنده، خلافاً لهما، وأصلُهُ ما تقدَّم.

قال: (**وإنْ غَصَبَ فِضَّةً أو ذَهَباً فَضَرَبَها دراهمَ أو دَنانيرَ أو آنيةً، لم يَزُلْ مِلكُ مالِكِها عنها عند أبي حنيفة، فَيأخُذُها ولا شيءَ للغاصِبِ، وقالا: يَمِلكُها الغاصِبُ وعليه مِثلُها**)؛ لأنَّه أحدَثَ صَنْعةً مُعتَبَرَةً، صَيَّرَ حقَّ المالِكِ هالكاً من وجهٍ، ألا ترى أنَّه كَسَرَه وفاتَ بعضُ المقاصِدِ، والتِّبرُ لا يَصلُحُ رأسَ المال في المُضارَباتِ والشَّرِكات، والمَضروبُ يَصلُحُ لذلك.

= ﷺ، وهو على القَبرِ يُوصِي الحافِرَ: «أوسِعْ مِنْ قِبَلِ رِجلَيه، أوسِعْ مِنْ قِبَلِ رأسِهِ»، فلمَّا رجع استقبَلَه داعي امرأةٍ، فجاء وَجِيءَ بالطَّعام، فوَضَعَ يده، ثمَّ وَضَعَ القوم، فأكلوا، فنَظَر آباؤنا رسولَ اللهِ ﷺ يَلُوكُ لُقمةً في فيه، ثمَّ قال: «إنِّي أجِدُ لَحْمَ شاةٍ أُخِذَت بغَيرِ إذنِ أهلِها»، فأرسَلَتِ المرأةُ قالت: يا رسول الله، إنِّي أرسلتُ إلى البقيع لِيُشترى لي شاةٌ، فلم أجِدْ، فأرسلتُ إلى جارٍ لي قد اشتَرَى شاةً أن أرسِلْ إليَّ بِثَمَنِها، فلم يوجد، فأرسلتُ إلى امرأتِهِ، فأرسلَتْ بها إليَّ، فقال عليه السَّلام: «أطعِمِيهِ الأسارى».

وَمَنْ غَصَبَ ساجَةً فَبَنَى عليها، زالَ مِلكُ مالِكِها عنها، ولَزِمَ الغاصِبَ قِيمَتُها. ..

وله: أنَّ العَينَ باقٍ من كلِّ وجهٍ، ألا تَرَى أنَّ الاسمَ باقٍ، ومعناهُ الأصليُّ: الثَّمَنيَّةُ، وكونُهُ مَوزُوناً، وأنَّه باقٍ، حتَّى يجري فيه الرِّبا باعتباره.

وصلاحيَّتُهُ لرأسِ المالِ من أحكام الصَّنعةِ دونَ العَينِ، وكذا الصَّنعةُ فيها غيرُ مُتقوِّمةٍ مُطلَقاً؛ لأنَّه لا قيمةَ لها عند المُقابَلَةِ بجنسِها.

قال: (وَمَنْ غَصَبَ ساجَةً[1] فَبَنَى عليها، زالَ مِلكُ مالِكِها عنها، ولَزِمَ الغاصِبَ قِيمَتُها).

وقال الشَّافعيُّ[2]: لِلمالِكِ أَخذُها، والوجهُ من الجانبين قدَّمناه[3].

ووجهٌ آخَرُ لنا فيه: أنَّ فيما ذَهَبَ إليه إضراراً بالغاصِبِ بِنَقضِ بنائِهِ الحاصِلِ من غيرِ خَلَفٍ، وضَرَرُ المالِكِ فيما ذهبنا إليه مَجبورٌ بالقيمةِ، فصارَ كما إذا خاطَ بالخَيطِ المَغصُوبِ بَطْنَ جارِيَتِهِ أو عَبدِهِ، أو أدخَلَ اللَّوحَ المَغصُوبَ في سَفينَتِهِ.

ثمَّ قال الكرخيُّ والفقيهُ أبو جعفر: إنَّما لا يُنقَضُ إذا بَنَى في حوالي السَّاجةِ، أمَّا إذا بَنَى على نَفسِ السَّاجةِ يُنقَضُ؛ لأنَّه مُتعدٍّ فيه.

وجوابُ الكتابِ يَردُّ ذلك، وهو الأصحُّ.

---

(1) بالجيم، وهي خشبةُ عظيمةُ تُستعمل في أبواب الدُّور وبنائها.

(2) في مغني المحتاج شرح المنهاج (٢/ ٢٩٣): ولو غصب خشبةً مثلا وبنى عليها في ملكِهِ أو غيرِهِ، كمنارةِ مسجدٍ، أُخرِجت، أي: يلزَمُه إخراجُها وردُّها إلى مالكها إن لم تَتعفَّن، ولو تَلِف عليه بسبب الإخراج أضعافُ قيمتها لِتعدِّيه، وعليه أرشُ نَقصِها إن حَدَثَ فيها نَقصٌ، وأجرةُ مِثلِها إن مَضَتْ مدَّةٌ لمثلها أجرة، أمَّا إذا تعفَّنت بحيث لو أُخرِجت لم يبقَ لها قيمةٌ فهي كالتَّالفة ... إلخ. انظر تتمَّته.

(3) يعني: في أوَّل هذا الفصل، بقوله: «وإذا تغيَّرتِ العينُ المَغصوبةُ بِفعلِ الغاصِبِ ...» إلخ، انظر ص (٥٦).

وَمَنْ ذَبَحَ شاةَ غَيرِهِ، فَمَالِكُها بالخيارِ: إن شاءَ ضَمَّنَه قِيمَتَها وسَلَّمَها إليه، وإنْ شاءَ ضَمَّنَه نُقصانَها، وكذا الجَزُورُ، وكذا إذا قَطَعَ يَدَهما. ومَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقاً يَسيراً، ضَمِنَ نُقصانَهُ والثَّوبُ لِمالِكِهِ، وإنْ خَرَقَ خَرْقاً كبيراً يُبطِلُ عامَّةَ مَنافِعِهِ، فَلِمالِكِهِ أنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ. ....

قال: (**وَمَنْ ذَبَحَ شاةَ غَيرِهِ، فَمَالِكُها بالخيارِ: إن شاءَ ضَمَّنَه قِيمَتَها وسَلَّمَها إليه، وإنْ شاءَ ضَمَّنَه نُقصانَها، وكذا الجَزُورُ، وكذا إذا قَطَعَ يَدَهما**)، هذا هو ظاهرُ الرِّوايةِ.

وجهُهُ: أنَّه إتلافٌ من وَجهٍ باعتبارِ فوتِ بعضِ الأغراضِ، من الحَملِ والدَّرِّ والنَّسلِ، وبَقاءِ بَعضِها وهو اللَّحمُ، فصارَ كالخَرْقِ الفاحِشِ في الثَّوبِ.

ولو كانتِ الدَّابَّةُ غيرَ مأكولِ اللَّحمِ، فقَطَعَ الغاصِبُ طَرَفَها، لِلمالِكِ أنْ يُضمِّنَه جميعَ قِيمَتِها لِوُجودِ الاستهلاكِ من كلِّ وجهٍ. بخلافِ قَطعِ طَرَفِ العبدِ المَملُوكِ، حيثُ يأخُذُهُ مع أرشِ المَقطوعِ؛ لأنَّ الآدميَّ يبقى مُنتَفَعاً به بعد قَطعِ الطَّرَف.

قال: (**وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرْقاً يَسيراً، ضَمِنَ نُقصانَهُ والثَّوبُ لِمالِكِهِ**)؛ لأنَّ العينَ قائمٌ من كلِّ وجهٍ، وإنَّما دخَلَهُ عيبٌ، فَيَضمَنُهُ.

(**وإنْ خَرَقَ خَرْقاً كبيراً يُبطِلُ عامَّةَ مَنافِعِهِ، فَلِمالِكِهِ أنْ يُضَمِّنَهُ جَمِيعَ قِيمَتِهِ**)؛ لأنَّه استهلاكٌ من هذا الوجهِ، فكأنَّه أحرَقَهُ.

قال رضي الله عنه: معناه[1]: يَترُكُ الثَّوبَ عليه، وإنْ شاءَ أخَذَ الثَّوبَ وضَمَّنَهُ النُّقصانَ؛ لأنَّه تَعييبٌ من وَجهٍ، من حيثُ إنَّ العَينَ باقٍ، وكذا بعضُ المَنافعِ قائمٌ.

---

(١) أي: معنى قولِ القدوري: «فَلِمالِكِهِ أن يُضمِّنَه جميعَ قيمتِهِ».

وَمَنْ غَصَبَ أرضاً فَغَرَسَ فيها أو بَنَى، قيل له: اِقلَعِ البناءَ والغَرْسَ وَرُدَّها، فإنْ كانتِ الأرضُ تَنقُصُ بِقَلْعِ ذلكَ، فَلِلمالِكِ أنْ يَضْمَنَ له قِيمَةَ البِناءِ والغَرْسِ مَقلُوعاً، ويَكونانِ له. ....

ثمَّ إشارةُ الكتابِ إلى أنَّ الفاحِشَ: ما يَبطُلُ به عامَّةُ المَنافعِ، والصَّحيحُ أنَّ الفاحِشَ ما يَفُوتُ به بعضُ العَينِ، وجنسُ المَنفعَةِ، ويبقى بعضُ العَينِ وبعضُ المَنفعةِ. واليَسيرُ: ما لا يَفُوتُ به شيءٌ من المَنفعَةِ، وإنَّما يَدخُلُ فيه النُّقصانُ؛ لأنَّ محمَّداً جعَلَ في الأصل قَطْعَ الثَّوبِ نُقصاناً فاحشاً، والفائتُ به بعضُ المَنافعِ.

قال: (وَمَنْ غَصَبَ أرضاً فَغَرَسَ فيها أو بَنَى، قيل له: اِقلَعِ البناءَ والغَرْسَ وَرُدَّها)؛ لقوله ﷺ: «ليس لِعَرَقِ ظالم حَقٌّ»[1]، ولأنَّ مِلكَ صاحِبِ الأرضِ باقٍ، فإنَّ الأرضَ لم تَصِرِ مُستهلَكَةً، والغَصْبُ لا يَتحقَّقُ فيها، ولا بدَّ لِلمِلكِ من سببٍ، فَيُؤمَرُ الشَّاغِلُ بِتفريغِها، كما إذا شَغَلَ ظَرْفَ غيرِهِ بطعامِهِ.

(فإنْ كانتِ الأرضُ تَنقُصُ بِقَلْعِ ذلكَ، فَلِلمالِكِ أنْ يَضْمَنَ له قِيمَةَ البِناءِ والغَرْسِ مَقلُوعاً، ويَكونانِ له)؛ لأنَّ فيه نظَراً لهما، ودَفْعَ الضَّررِ عنهما.

وقولُهُ: «قيمَتُهُ مَقلُوعاً»، معناه: قيمَةُ بناءٍ أو شَجرٍ يُؤمَرُ بِقَلعِهِ؛ لأنَّ حقَّهُ فيه، إذ لا قَرارَ له فيه، فَتُقوَّمُ الأرضُ بِدُونِ الشَّجرِ والبناءِ، وتُقوَّمُ وبِها شَجَرٌ أو بناءٌ، لِصاحِبِ الأرضِ أن يَأمُرَهُ بِقَلعِهِ فَيَضْمَنُ فَضْلَ ما بينهما.

---

(١) أخرجه أبو داود في الخراج، باب في إحياء الموات (٣٠٧٣)، والترمذي في الأحكام، باب: ما ذكر في إحياء أرض الموات (١٣٧٨) عن سعيد بن زيد، قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن أحيى أرضاً مَيتةً فهي له، وليس لِعَرَقِ ظالِمٍ حقٌّ».

وفي الباب من حديث عائشة، وعبادةَ بنِ الصَّامت، وعبدِ الله بن عمرو بن العاص، وعَمرِو بن عوف المزني. انظر التفصيل في نصب الراية (٤/ ١٦٩).

ومَنْ غَصَبَ ثوباً فَصَبَغَهُ أحمَرَ، أو سَوِيقاً فَلَتَّهُ بِسَمْنٍ، فَصاحِبُهُ بالخيارِ: إن شاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثَوبٍ أبيضَ، ومِثلَ السَّويقِ وسَلَّمَهُ لِلغاصِبِ، وإنْ شاءَ أخَذَهما وغَرِمَ ما زادَ الصَّبْغُ والسَّمْنُ فيهما.

قال: (ومَنْ غَصَبَ ثوباً فَصَبَغَهُ أحمَرَ، أو سَوِيقاً فَلَتَّهُ بِسَمْنٍ، فَصاحِبُهُ بالخيارِ: إن شاءَ ضَمَّنَهُ قِيمَةَ ثَوبٍ أبيضَ، ومِثلَ السَّويقِ وسَلَّمَهُ لِلغاصِبِ، وإنْ شاءَ أخَذَهما وغَرِمَ ما زادَ الصَّبْغُ والسَّمْنُ فيهما).

وقال الشَّافعيُّ[1] في الثَّوب: لصاحِبِهِ أنْ يُمسِكَهُ ويَأمُرَ الغاصِبَ بِقَلْعِ الصَّبغِ بالقَدْرِ المُمكِنِ اعتباراً بِفَصْلِ السَّاحةِ بَنَى فيها[2]؛ لأنَّ التَّمييز مُمكِنٌ، بخلافِ السَّمنِ في السَّويقِ؛ لأنَّ التَّمييزَ مُتعذِّرٌ.

ولنا: ما بيَّنَّا أنَّ فيه رِعايةَ الجانِبَينِ، والخِيَرَةُ لِصاحِبِ الثَّوبِ لكونِهِ صاحبَ الأصل، بخلافِ السَّاحةِ بَنَى فيها؛ لأنَّ النِّقضَ له بعدَ النَّقضِ؛ أمَّا الصَّبغُ فَيَتلاشى، وبخلافِ ما إذا انْصَبَغ بِهُبوبِ الرِّيحِ؛ لأنَّه لا جِنايةَ من صاحِبِ الصَّبغِ لِيُضمَّنَ الثَّوبَ، فيَتملَّكُ صاحبُ الأصلِ الصَّبغَ.

قال أبو عصمة في أصل المسألة: وإنْ شاءَ ربُّ الثَّوبِ باعَهُ ويَضرِبُ بِقِيمتِهِ أبيضَ، وصاحبُ الصَّبغِ بما زادَ الصَّبغُ فيه؛ لأنَّ له أنْ لا يَتملَّكَ الصَّبغَ بالقيمة، وعندَ امتناعِهِ[3] تعيَّنَ رعايةُ الجانبينِ في البيع، ويتأتَّى هذا[4] فيما إذا انصبَغَ الثَّوبُ بنفسِهِ، وقد ظَهَرَ بما ذكرنا[5] الوجهُ في السَّويقِ[6]، غيرَ أنَّ السَّويقَ من

---

(١) انظر روضة الطالبين (٥/ ٤٧) ط المكتب الإسلامي.

(٢) يعني: كما أنَّ في فَصلِ السَّاحةِ يُؤمَرُ بالقَلْعِ إذا لم تَتضرَّرِ الأرضُ به، فكذلك هاهنا؛ لأنَّ في كلٍّ منهما شَغْلَ مِلكِ الغيرِ بملكه. عناية.

(٣) أي: عندَ امتناعِ صاحبِ الثَّوبِ عن تملُّكِ الصَّبغِ بالقيمة. بناية.

(٤) يعني: يتيسَّرُ هذا الاختيارُ للمالك، يعني: قولَ أبي عِصمةَ: إن شاء ربُّ الثَّوب ... إلخ. بناية.

(٥) أي: في مسألة الصبغ والانصباغ. عناية.

(٦) أي: من حيثُ الخَلطُ والاختلاطُ بغير فِعْلٍ. عناية.

فصل

وَمَنْ غَصَبَ عيناً فَغيَّبَها، فَضَمَّنَه المالكُ قِيمَتَها مَلَكَها، ....

ذواتِ الأمثالِ فَيَضْمَنُ مِثلَهُ، والثَّوبُ من ذواتِ القِيَمِ فَيَضمَنُ قِيمتَهُ.

وقال في الأصل: يَضمَنُ قيمةَ السَّويقِ؛ لأنَّ السَّويقَ يَتفاوَتُ بالقَلْي، فلم يَبْقَ مِثليّاً. وقيل: المرادُ منه[1] المِثلُ، سَمَّاهُ به لقيامِهِ مَقامَهُ[2].

والصُّفرةُ كالحُمرَةِ. ولو صَبَغَهُ أسودَ، فهو نُقصانٌ عند أبي حنيفة، وعندهما: زيادةٌ. وقيل: هذا اختلافُ عَصْرٍ وزمانٍ.

وقيل: إن كان ثوباً يُنقِصُهُ السَّوادُ فهو نُقصانٌ، وإنْ كان ثوباً يَزيدُ فيه السَّوادُ فهو كالحُمرةِ، وقد عُرِفَ في غير هذا المَوضِع.

ولو كان ثوباً تُنقِصُهُ الحُمرةُ، بأن كانت قيمتُهُ ثلاثينَ دِرهماً، فَتراجَعَتْ بالصَّبغِ إلى عِشرينَ، فعن محمَّد: أنَّه يُنظَرُ إلى ثَوبٍ تَزيدُ فيه الحُمرةُ، فإن كانتِ الزِّيادةُ خَمسةً يأخذُ ثوبَهُ وخمسَةَ دراهم؛ لأنَّ إحدى الخَمسَتَينِ جُبِرَت بالصَّبغ[3].

(فصل)

(وَمَنْ غَصَبَ عيناً فَغيَّبَها، فَضَمَّنَه المالكُ قِيمَتَها مَلَكَها)، وهذا عندنا.

وقال الشَّافعيُّ: لا يَملِكُها؛ لأنَّ الغَصبَ عُدوانٌ مَحضٌ، فلا يَصلُحُ سَبَباً للمِلكِ، كما في المُدبَّر.

---

(١) أي: من القيمة.

(٢) أي: لقيامِ المِثْلِ مَقامَ المَغصوبِ.

(٣) أي: صاحبُ الثَّوبِ استوجَبَ نُقصانَ الثَّوبِ عشَرَةً، واستوجَبَ الصَّبَّاغُ عليه قيمةَ الصَّبغِ خمسةً، فالخمسةُ بالخمسةِ قِصاصٌ، ويَرجِعُ عليه بما بَقِيَ من النُّقصان، وهو خمسةٌ، وهذا روايةُ هشام عن محمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

والقَولُ في القِيمَةِ قَولُ الغاصِبِ مَعَ يَمينِهِ ، إلَّا أنْ يُقيمَ المالِكُ البيِّنَةَ بأكثَرَ مِنْ ذلكَ، فإنْ ظَهَرَتِ العينُ وقِيمَتُها أكثَرُ مِمَّا ضَمِنَ، وقد ضَمِنَها بِقَولِ المالِكِ، أو بِبيِّنةٍ أقامَها، أو بِنُكُولِ الغاصِبِ عن اليَمينِ، فلا خيارَ لِلمالِكِ، وهو الغاصِبُ. فإنْ كان ضَمِنَهُ بِقَولِ الغاصِبِ مع يَمينِهِ، فهو بالخيارِ: إنْ شاءَ أمضَى الضَّمانَ، وإنْ شاءَ أخَذَ العَيْنَ ورَدَّ العِوَضَ.

ولنا: أنَّه مَلَكَ البدَلَ بكَمالِهِ، والمُبدَلُ قابلٌ للنَّقلِ من مِلْكٍ إلى مِلْكٍ، فَيملِكُه دفعاً للضَّررِ عنه، بخلاف المدبَّرِ؛ لأنَّه غيرُ قابلٍ للنَّقلِ لحقِّ المُدبَّر، نعم قد يُفسَخُ التَّدبيرُ بالقضاءِ، لكنِ البيعُ بعدَهُ يُصادِفُ القِنَّ.

قال: (والقَولُ في القِيمَةِ قَولُ الغاصِبِ مَعَ يَمينِهِ)؛ لأنَّ المالكَ يَدَّعي الزِّيادةَ وهو يُنكِرُ، والقولُ قولُ المُنكِرِ مع يَمينِهِ، (إلَّا أنْ يُقيمَ المالِكُ البيِّنَةَ بأكثَرَ مِنْ ذلكَ)؛ لأنَّه أثبَتَهُ بالحُجَّةِ المُلزِمَةِ.

قال: (فإنْ ظَهَرَتِ العينُ وقِيمَتُها أكثَرُ مِمَّا ضَمِنَ، وقد ضَمِنَها بِقَولِ المالِكِ، أو بِبيِّنةٍ أقامَها، أو بِنُكُولِ الغاصِبِ عن اليَمينِ، فلا خيارَ لِلمالِكِ، وهو الغاصِبُ)؛ لأنَّه تَمَّ له المِلكُ بسببٍ اتَّصلَ به رِضا المالِكِ، حيثُ ادَّعى هذا المِقدارَ.

قال: (فإنْ كان ضَمِنَهُ بِقَولِ الغاصِبِ مع يَمينِهِ، فهو بالخيارِ: إنْ شاءَ أمضَى الضَّمانَ، وإنْ شاءَ أخَذَ العَيْنَ ورَدَّ العِوَضَ)؛ لأنَّه لم يتمَّ رضاهُ بهذا المقدارِ، حيثُ يدَّعي الزِّيادةَ، وأَخْذُهُ[1] دُونَها لِعَدَمِ الحُجَّةِ.

ولو ظَهَرتِ العينُ وقيمَتُها مِثلُ ما ضَمِنَهُ أو دونَهُ في هذا الفَصلِ الأخيرِ[2]، فكذلك الجوابُ في ظاهرِ الرِّوايةِ، وهو الأصحُّ، خلافاً لما قاله الكرخيُّ رحمه الله

---

(١) أي: أخذُ المالكِ ما دونَ الزِّيادةِ لا يدلُّ على تمامِ الرِّضا؛ لأنَّه إنَّما أخَذَ ذلك للضَّرورةِ، وهي عدَمُ الحُجَّةِ، فلا يدلُّ على رضاه. عناية.

(٢) يعني: ما إذا ضَمِنَه بقولِ الغاصِبِ مع يَمينِهِ.

ومَنْ غَصَبَ عبداً فَباعَهُ، فَضَمَّنَهُ المالِكُ قِيمَتَهُ، فقد جازَ بَيعُهُ، وإنْ أعتَقَهُ ثُمَّ ضَمِنَ القِيمَةَ، لم يَجُزْ عِتقُهُ. ووَلَدُ المَغصُوبةِ ونَماؤُها، وثَمرةُ البُستانِ المَغصُوبِ أمانَةٌ في يدِ الغاصِبِ: إنْ هَلَكَ فلا ضَمانَ عليه، إلَّا أنْ يَتعدَّى فيها أو يَطلُبَها مالِكُها فيَمنَعَها إيَّاهُ. ....

أنَّه لا خيار له؛ لأنَّه لم يتمَّ رضاهُ، حيثُ لم يُعطَ له ما يدَّعيه، والخيارُ لفوات الرِّضا.

قال: (ومَنْ غَصَبَ عبداً فَباعَهُ، فَضَمَّنَهُ المالِكُ قِيمَتَهُ، فقد جازَ بَيعُهُ، وإنْ أعتَقَهُ ثمَّ ضَمِنَ القِيمَةَ، لم يَجُزْ عِتقُهُ)؛ لأنَّ مِلكَهُ الثَّابتُ فيه ناقصٌ؛ لِثُبوتِهِ مُستنداً أو ضرورةً، ولهذا يظهَرُ في حقِّ الأكسابِ دونَ الأولادِ، والنَّاقصُ يكفي لِنُفوذِ البيعِ دونَ العِتقِ كَمِلكِ المُكاتَبِ.

قال: (ووَلَدُ المَغصُوبةِ ونَماؤُها، وثَمرةُ البُستانِ المَغصُوبِ أمانَةٌ في يدِ الغاصِبِ: إنْ هَلَكَ فلا ضَمانَ عليه، إلَّا أنْ يَتعدَّى فيها أو يَطلُبَها مالِكُها فيَمنَعَها إيَّاهُ).

وقال الشَّافعيُّ[1]: زوائدُ المَغصوبِ مَضمونَةٌ مُتَّصلةً كانت أو مُنفَصِلَةً، لِوُجودِ الغَصبِ، وهو إثباتُ اليدِ على مالِ الغيرِ بِغَيرِ رضاه، كما في الظَّبيةِ المُخرَجَةِ من الحَرَمِ إذا وَلَدَتْ في يدِهِ، يكونُ مَضموناً عليه.

ولنا: أنَّ الغَصبَ إثباتُ اليدِ على مالِ الغيرِ، على وَجهٍ يُزيلُ يدَ المالِكِ على ما ذكرنا، ويدُ المالِكِ ما كانت ثابتةً على هذهِ الزِّيادةِ حتَّى يُزيلَها الغاصِبُ، ولو اعتُبِرَتْ ثابتةً على الوَلَدِ لا يُزيلُها، إذِ الظَّاهرُ عدمُ المَنع، حتَّى لو مَنَعَ الوَلَدَ بعد طَلَبِهِ يَضمَنُهُ، وكذا إذا تعدَّى فيه كما قال في الكتاب: وذلك بأن أتلَفَهُ، أو ذَبَحه وأكَلَه، أو باعَهُ وسَلَّمَه.

(١) انظر روضة الطالبين (٤/ ١١٨) ط دار الكتب العلمية.

وما نَقَصَتِ الجاريةُ بالولادَةِ في ضَمانِ الغاصِبِ، فإنْ كان في قِيمَةِ الوَلَدِ وَفاءٌ به، انجَبَرَ النُّقصانُ بالوَلَدِ وسَقَطَ ضَمانُهُ عن الغاصِبِ.

وفي الظَّبيةِ المُخرَجَةِ لا يَضمَنُ وَلَدَها إذا هَلَكَ قبلَ التَّمكُّنِ من الإرسالِ؛ لِعَدَمِ المَنْعِ، وإنَّما يَضمَنُهُ إذا هَلَكَ بعدَهُ لِوُجودِ المَنعِ بعدَ طَلَبِ صاحبِ الحَقِّ وهو الشَّرعُ، على هذا أكثَرُ مشايخنا.

ولو أطلَقَ الجوابَ فهو ضَمانُ جنايةٍ[١]، ولهذا[٢] يَتكرَّرُ بِتكرُّرِها[٣]، ويجبُ بالإعانةِ والإشارةِ، فلأنْ يجبَ بما هو فَوقَها، وهو إثباتُ اليدِ على مُستَحِقِّ الأمنِ، أولى وأحرى.

قال: (وما نَقَصَتِ الجاريةُ بالولادَةِ في ضَمانِ الغاصِبِ، فإنْ كان في قِيمَةِ الوَلَدِ وَفاءٌ به، انجَبَرَ النُّقصانُ بالوَلَدِ وسَقَطَ ضَمانُهُ عن الغاصِبِ).

وقال زفر والشَّافعي[٤]: لا يَنجبِرُ النُّقصانُ بالولدِ؛ لأنَّ الولدَ مِلكُهُ، فلا يَصلُحُ جابراً لِملكِهِ كما في وَلَدِ الظَّبيةِ، وكما إذا هَلَكَ الولدُ قبلَ الرَّدِّ أو ماتتِ الأمُّ وبالولدِ وفاءٌ، وصار كما إذا جَزَّ صوفَ شاةِ غَيرِهِ، أو قَطَعَ قوائمَ شَجَرِ غَيرِهِ، أو خَصَى عَبدَ غَيرِهِ، أو عَلَّمَه الحِرفَةَ فأضناهُ التَّعليمُ.

---

(١) يعني: لو قيل بِوُجوبِ الضَّمانِ في وَلَدِ الظَّبيةِ، سواءٌ هَلَكَ قبلَ التَّمكُّنِ من الإرسالِ أو بعده، فهو ضمانُ جنايةٍ، أي: إتلافٍ؛ لأنَّ صيدَ الحَرَمِ وزوائدَهُ كان آمناً في الحرم من الصَّيد، وذلك في بُعدِهِ عن أيدينا، فالوقوعُ في أيدينا إتلافٌ لِمَعنى الصَّيديَّة، فيضمنُ لذلك بِمُجرَّدِ الوقوع في أيدينا. عناية.

(٢) أي: ولأجل كونِهِ ضمانَ جنايةٍ وإتلافٍ. بناية.

(٣) أي: يتكرَّرُ الجزاءُ بتكرُّرِ الجنايةِ، فإنَّه لو أدَّى الضَّمان بسببِ إخراجِ الصَّيدِ عن الحَرَمِ، ثمَّ أرسلَهُ فيه، ثمَّ أخرجَ ذلك الصَّيدَ من الحَرَمِ، وجبَ جزاءٌ آخَرُ. عناية.

(٤) في روضة الطالبين (٤/ ١٥٢) ط الكتب العلمية: فرع: لو نَقَصتِ الجاريةُ بالولادة، والوَلَدُ رقيقٌ تَفي قيمتُهُ بِنَقصِها، لم يَنجبِرْ به النَّقصُ، بل يأخذُ الولدَ والأرشَ.

ولنا: أنَّ سببَ الزِّيادةِ والنُّقصانِ واحدٌ، وهو الولادَةُ[1] أو العُلُوقُ[2] على ما عُرِفَ، وعند ذلك لا يُعَدُّ نُقصاناً[3]، فلا يُوجِبُ ضماناً، وصار كما إذا غَصَبَ جاريةً سَمِينةً فَهزَلَت ثمَّ سَمِنَتْ، أو سَقَطَتْ ثَنيَّتُها ثمَّ نَبَتَتْ، أو قُطِعَتْ يدُ المَغصوبِ في يدِهِ وأخَذَ أرشها وأدَّاه مع العبدِ، يُحتَسَبُ عن نُقصانِ القَطعِ.

ووَلَدُ الظَّبيةِ ممنوعٌ[4]، وكذا إذا ماتَتِ الأمُّ[5]، وتخريجُ الثَّانيةِ[6]: أنَّ الولادةَ ليست بسببٍ لِمَوتِ الأمِّ، إذِ الولادةُ لا تُفضِي إليه غالباً[7].

وبخلاف ما إذا ماتَ الولدُ قبلَ الرَّدِّ[8]؛ لأنَّه لا بدَّ من ردِّ أصلِهِ لِلبَراءةِ، فكذا لا بدَّ من ردِّ خَلَفِهِ.

والخِصاءُ لا يُعدُّ زيادةً؛ لأنَّه غَرَضُ بعضِ الفَسَقةِ.

ولا اتِّحادَ في السَّبب فيما وراءَ ذلك من المسائل؛ لأنَّ سببَ النُّقصانِ القطعُ والجَزُّ، وسببَ الزِّيادةِ النُّموُّ، وسببَ النُّقصانِ التَّعليمُ، والزِّيادةُ سَبَبُها الفَهمُ.

---

(١) أي: عند الصَّاحبين.

(٢) أي: عند أبي حنيفة.

(٣) لأنَّ السَّببَ الواحدَ لمَّا أثَّر في الزِّيادةِ والنُّقصانِ، كانت الزِّيادةُ خَلَفاً عن النُّقصان، كالبيع لمَّا أزال المَبيعَ عن مِلكِ البائعِ أدخلَ الثَّمنَ في مِلكِهِ، فكان الثَّمنُ خَلَفاً عن ماليَّةِ المَبيعِ لاتِّحادِ السَّبب. عناية.

(٤) جواب عن قول زفر والشَّافعيِّ، وتقريره: لا نُسلِّم أنَّ نُقصانَ الظَّبيةِ بالولادةِ لا يَنجبِرُ بقيمةِ الولدِ كما قالا، بل قيل: يصلحُ أن يكونَ جابراً، وإليه ذهب المصنِّفُ، فعلى هذا يمتنعُ قياسهما عليه. بناية.

(٥) أي: القياسُ على موتِ الأمِّ ممنوعٌ أيضاً، يعني: لا نُسلِّم أنَّ الأمَّ إذا ماتت لا تَنجبِرُ قِيمَتُها بقيمةِ الوَلدِ إذا كان فيه وفاءٌ، بل يَنجبِرُ كما قيل في غير ظاهر الرِّواية. بناية.

(٦) اعلم أنَّ في مسألة مَوتِ الأمِّ روايتان: الأولى: ينجبر النُّقصانُ بالولد، وتقدَّم الكلام عليها. والثانية: لا ينجبرُ النُّقصانُ بالولد، وهي ظاهر الرِّواية، أشار إلى الجواب فقال: وتخريج الثانية ... إلخ.

(٧) أراد أنَّ كلامَنا فيما إذا كان السَّببُ واحداً، وهاهنا ليس كذلك، فإنَّ الولادةَ سببٌ للزِّيادةِ وليست بسببٍ لموت الأمِّ؛ إذ لا تُفضي إليه غالباً. عناية.

(٨) جوابٌ عن قوله: «كما إذا هَلَكَ الولدُ قبلَ الرَّدِّ». ووجهه: أنَّ كلامَنا فيما إذا ردَّ الأمَّ بِنُقصانِ الولادةِ هل يَنجبِرُ النُّقصانُ بردِّ الولد، وإذا كان الولدُ هالكاً كيف يَنجبِرُ النُّقصانُ به. عناية.

وَمَنْ غَصَبَ جاريةً فَزَنَى بها فَحَبِلَتْ، ثمَّ رَدَّها وماتَتْ في نِفاسِها، يَضمَنْ قِيمَتَها يومَ عَلِقَتْ، ولا ضَمانَ عليه في الحُرَّةِ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَضمَنُ في الأَمَةِ أيضاً.

قال: **(وَمَنْ غَصَبَ جاريةً فَزَنَى بها فَحَبِلَتْ، ثمَّ رَدَّها وماتَتْ في نِفاسِها، يَضمَنْ قِيمَتَها يومَ عَلِقَتْ، ولا ضَمانَ عليه في الحُرَّةِ، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا يَضمَنُ في الأَمَةِ أيضاً).**

لهما: أنَّ الرَّدَّ قد صحَّ، والهلاكُ بعدَهُ بسببٍ حدَثَ في يدِ المالكِ، وهو الولادةُ، فلا يَضمَنُ الغاصبُ، كما إذا حُمَّتْ في يدِ الغاصِبِ ثمَّ رَدَّها فهلكت، أو زَنَتْ في يدِهِ ثمَّ رَدَّها فَجُلِدَتْ فَهَلَكَتْ منه، وكمَنِ اشترى جاريةً قد حَبِلَت عندَ البائعِ فَوَلَدَت عند المشتري، وماتَتْ في نِفاسِها، لا يَرجِعُ على البائع بالثَّمن بالاتِّفاق.

وله: أنَّه غَصَبَها، وما انعقَدَ فيها سببُ التَّلَفِ، ورُدَّتْ وفيها ذلك، فلم يُوجَدِ الرَّدُّ على الوجهِ الذي أَخَذَ، فلم يَصحَّ الرَّدُّ، وصار كما إذا جَنَتْ في يدِ الغاصِبِ جنايةً فَقُتِلَتْ بها في يدِ المالك، أو دُفِعَتْ بها بأن كانتِ الجِنايةُ خَطأً، يَرجِعُ على الغاصِبِ بكلِّ القيمةِ، كذا هذا.

بخلاف الحُرَّةِ[١]؛ لأنَّها لا تُضمَنُ بالغَصبِ لِيَبقَى ضمانُ الغَصبِ بعدَ فسادِ الرَّدِ.

وفي فَصلِ الشِّراءِ الواجبُ ابتداءً التَّسليمُ[٢]، وما ذكرناه[٣] شَرْطُ صِحَّةِ الرَّدِّ. والزِّنا[٤] سببٌ لِجَلدٍ مُؤلِمٍ، لا جارحٍ ولا مُتلِفٍ، فلم يُوجَدِ السَّببُ في يدِ الغاصب.

---

(١) يعني: إذا زَنَى بها رجلٌ مُكرَهَةً، فَحَبِلَت وماتت في نفاسها.

(٢) جوابٌ عن قولهما: كمَنِ اشترى جاريةً قد حَبِلَت عندَ البائع بِطَريقِ الفَرقِ، وهو أنَّ فَصْلَ الشِّراءِ الواجبُ فيه على البائعِ ابتداءً تسليمُ المَبيعِ على الوجهِ الذي وَقَعَ عليه العقدُ، وقد تحقَّقَ ذلك منه، ومَوتُها بالنِّفاسِ لا يَعدِمُ التَّسليمَ. عناية.

(٣) أي: من وُجوبِ الرَّدِّ على الوجهِ الذي أخَذَه عليه. عناية.

(٤) جوابٌ عن قَولِهما: «أو زَنَت في يدِهِ ...»إلخ.

ولا يَضمَنُ الغاصِبُ مَنافِعَ ما غَصَبَهُ، إلَّا أنْ يَنقُصَ باستعمالِهِ فيَغرَمَ النُّقصانَ.

قال: (ولا يَضمَنُ الغاصِبُ مَنافِعَ ما غَصَبَهُ، إلَّا أنْ يَنقُصَ باستعمالِهِ فيَغرَمَ النُّقصانَ).

وقال الشَّافعيُّ[1]: يَضمَنُها، فيَجبُ أجرُ المِثلِ.

ولا فَرْقَ في المَذهَبينِ[2] بين ما إذا عَطَّلَها أو سَكَنَها.

وقال مالك: إنْ سَكَنَها يجبُ أجرُ المِثلِ، وإنْ عطَّلَها لا شيءَ عليه.

له: أنَّ المنافعَ أموالٌ مُتقوِّمةٌ، حتَّى تُضمَنَ بالعقودِ، فكذا بالغُصُوب.

ولنا: أنَّها حصلت على مِلكِ الغاصِبِ لِحُدُوثِها في إمكانِهِ[3]، إذ هي لم تكن حادثةً في يدِ المالكِ؛ لأنَّها أعراضٌ لا تبقى، فيَملِكُها دفعاً لحاجتِهِ، والإنسانُ لا يَضمَنُ مِلكَهُ، كيف وأنَّه لا يَتحقَّقُ غَصبُها وإتلافُها؛ لأنَّه لا بقاءَ لها، ولأنَّها لا تُماثِلُ الأعيانَ لِسُرعةِ فَنائها وبقاءِ الأعيان. وقد عُرِفت هذه المآخِذُ[4] في المُختَلِفِ[5].

ولا نُسلِّم أنَّها مُتقوِّمةٌ في ذاتها[6]، بل تُقوَّمُ ضرورةً عند وُرُودِ العَقدِ، ولم يُوجَدِ العقدُ، إلَّا أنَّ ما انتَقَصَ باستعمالِهِ مَضمونٌ عليه لاستهلاكِهِ بعضَ أجزاءِ العين.

---

(١) قال الماوردي في الحاوي (٧/ ١٦٠): منافعُ المغصوبِ مضمونةٌ على الغاصبِ بالأجرةِ، سواءٌ انتَفَع، أو لم ينتفع. اهـ مختصرا.

(٢) أي: مذهبنا ومذهب الشَّافعي.

(٣) أي: تصرُّفه وقدرته وكسبه.

(٤) أي: العِلَل التي هي مَناطُ الحُكم، أو ما ذَكَرَه أوَّلاً لأنَّها حصَلَتْ في مِلكِ الغاصبِ، وثانياً بقوله: «إنَّها لا يَتحقَّق غَصْبُها وإتلافُها»، وثالثاً بقوله: «لأنَّها لا تُماثِلُ الأعيانَ ...» إلى آخره.

(٥) أراد به مختلف أبي اللَّيث، هكذا قال الأترازي وتبعه على ذلك صاحبُ العناية. ولكن لا يجوزُ أن يكون أراد به مختلفَ الطَّريقة بيننا وبين الشَّافعيِّ، فإنَّ هذه المسألة من جملة المسائل المذكورة في علمِ الخلافِ، بل الظَّاهرُ أنَّ مرادَهُ هذا، وتخصيصُ مختلف أبي اللَّيث تَحكُّم، فافهم. بناية.

(٦) جوابٌ عن قوله: «المنافعُ أموالٌ مُتقوِّمة».

فصل في غصب ما لا يتقوم

وإذا أتلفَ المُسلِمُ خَمْرَ الذِّمِّيِّ أو خِنزيرَهُ ضَمِنَ قِيمَتَهُما، فإنْ أتلَفَهُما لِمُسلِمٍ لم يَضْمَنْ.

(فصل في غصب ما لا يتقوم)

قال: (وإذا أتلفَ المُسلِمُ خَمْرَ الذِّمِّيِّ أو خِنزيرَهُ ضَمِنَ قِيمَتَهُما، فإنْ أتلَفَهُما لِمُسلِمٍ لم يَضْمَنْ).

وقال الشَّافعيُّ[(١)]: لا يَضمَنُها لِلذِّمِّيِّ أيضاً، وعلى هذا الخلافِ إذا أتلَفَهما ذِمِّيٌّ على ذمِّيٍّ، أو باعَهُما الذِّمِّيُّ من الذِّمِّيِّ.

له: أنَّه سقَطَ تَقوُّمُهما في حقِّ المُسلم، فكذا في حقِّ الذِّمِّيِّ؛ لأنَّهم أتباعٌ لنا في الأحكامِ، فلا يَجِبُ بإتلافِهما مالٌ مُتقوِّمٌ، وهو الضَّمان.

ولنا: أنَّ التَّقويمَ باقٍ في حقِّهم، إذِ الخَمرُ لهم كالخَلِّ لنا، والخنزيرُ لهم كالشَّاة لنا، ونحن أُمِرنا بأن نَترُكَهُم وما يَدِينونَ، والسَّيفُ موضوعٌ، فَيَتعذَّرُ الإلزامُ، وإذا بقِيَ التَّقوُّمُ فقد وُجِد إتلافُ مالٍ مَملوكٍ مُتقوِّمٍ، فَيضمَنُه.

بخلافِ المَيتةِ والدَّمِ؛ لأنَّ أحداً من أهلِ الأديانِ لا يَدِينُ تَموُّلَهما، إلَّا أنَّه تجبُ قيمةُ الخَمرِ وإنْ كان من ذَواتِ الأمثالِ؛ لأنَّ المسلمَ ممنوعٌ عن تَمليكِها لكونِهِ إعزازاً له، بخلافِ ما إذا جَرَتِ المُبايَعةُ بينَ الذِّميِّينِ؛ لأنَّ الذِّمِّيَّ غيرُ ممنوعٍ عن تمليكِ الخَمر وتَملُّكِها.

وهذا[(٢)] بخلاف الرِّبا؛ لأنَّه مُستثنىً عن عَقودِهِم، وبخلافِ العبدِ المُرتدِّ يكونُ للذِّمِّي[(٣)]؛ لأنَّا ما ضَمِنَّا لهم تركَ التَّعرُّضِ له؛ لِما فيه من الاستخفاف بالدِّين،

---

(١) انظر حاشيتي قليوبي وعميرة على شرح المنهاج (٣/ ٣٣) ط دار الفكر.

(٢) أي: عدمُ التَّعرُّض لهم في تملُّك الخمر وتمليكه، بخلاف الرِّبا فإنَّهم ممنوعون منه في بلاد الإسلام، حتَّى لو باع درهماً بدرهمين، يُستردُّ منه الدِّرهم الزَّائد.

(٣) يعني: الذِّمِّيُّ إذا اشترى عبداً مسلماً، ثمَّ ارتدَّ العبدُ، فإنَّه يُحبسُ حتى يتوبَ أو يقتل، ولا تجبُ قيمته للذِّمِّيِّ. بناية.

فإنَّ غَصَبَ من مُسلم خَمْراً فَخَلَّلها، أو جِلْدَ مَيتةٍ فَدَبَغَهُ، فَلِصاحِبِ الخَمرِ أنْ يَأخُذَ الخَلَّ بِغَيرِ شيءٍ، ويَأخُذَ جِلدَ المَيتةِ ويَرُدَّ عليهِ ما زادَ الدِّباغُ فيه، ....

وبخلافِ مَتروكِ التَّسميةِ عامداً إذا كان لِمَنْ يُبيحُه[1]؛ لأنَّ ولايةَ المُحاجَّةِ ثابتةٌ.

قال: (فإنْ غَصَبَ من مُسلم خَمْراً فَخَلَّلها، أو جِلْدَ مَيتةٍ فَدَبَغَهُ، فَلِصاحِبِ الخَمرِ أنْ يَأخُذَ الخَلَّ بِغَيرِ شيءٍ، ويَأخُذَ جِلدَ المَيتةِ ويَرُدَّ عليهِ ما زادَ الدِّباغُ فيه).

والمرادُ بالفَصلِ الأوَّلِ إذا خَلَّلها بالنَّقلِ من الشَّمسِ إلى الظِّلِّ، ومنه إلى الشَّمسِ، وبالفَصلِ الثَّاني إذا دَبَغَه بما له قيمةٌ، كالقَرْظِ والعَفْصِ ونحوِ ذلك.

والفَرقُ: أنَّ هذا التَّخليلَ تَطهيرٌ له بِمَنزلةِ غَسلِ الثَّوبِ النَّجِسِ، فَيَبقى على مِلكِهِ؛ إذْ لا تَثبُتُ الماليَّةُ به. وبهذا الدِّباغِ اتَّصلَ بالجلدِ مالٌ مُتقوِّمٌ للغاصِبِ، كالصِّبغِ في الثَّوبِ، فكانَ بِمَنزلتِهِ، فلهذا يأخُذُ الخَلَّ بغيرِ شيءٍ ويأخذُ الجِلدَ ويُعطي ما زادَ الدِّباغُ فيه.

وبيانُهُ: أنَّه يُنظَر إلى قيمتِهِ ذَكيّاً غيرَ مَدبوغٍ، وإلى قيمتِهِ مَدبوغاً فَيضمنُ فَضْلَ ما بينهما، وللغاصِبِ أن يَحبِسَهُ حتَّى يَستوفيَ حقَّهُ، كحَقِّ الحَبسِ في البيع.

---

(١) قوله: «بخلاف متروك التَّسمية ...» يتعلَّق بقوله: «أمرنا أن نتركَهُم وما يَدينون»، يعني: لمَّا أُمِرنا أن نَترُكَ أهلَ الذِّمَّةِ على ما اعتقَدوه من الباطِلِ، وجب علينا أن نَترُكَ أهلَ الاجتهادِ على ما اعتقدوه مع احتمالِ الصِّحةِ فيه بالطَّريق الأولى.

وحينئذٍ يجبُ أن نقولَ بِوجوبِ الضَّمانِ على مَن أتلَفَ مَتروكَ التَّسميةِ عامداً؛ لأنَّه مالٌ مُتقوِّمٌ في اعتقادِ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ.

ووجهُ الجوابِ ما قاله أنَّ ولايةَ المُحاجَّةِ ثابتةٌ، والدَّليلُ الدَّالُّ على حُرمتِهِ قائمٌ، فلم يُعتَبَرْ اعتقادُهُم في إيجابِ الضَّمانِ، هذا ما قالوه.

ولقائلٍ أن يقول: لا نُسلِّم أنَّ ولايةَ المُحاجَّةِ ثابتةٌ، لأنَّ الدَّليلَ الدَّالَّ على تَركِ المُحاجَّةِ مع أهلِ الذِّمَّةِ دالٌّ على تَركِها مع المُجتهدين بالطَّريقِ الأولى على ما قرَّرتم.

والجوابُ: أنَّ الدَّليلَ هو قوله ﷺ: «اتركوهم وما يَدينون»، وكان ذلك لِعَقدِ الذِّمَّة، وهو مُنتفٍ في حقِّ المجتهدين. عناية.

وإنِ استَهلَكَهُما ضَمِنَ الخَلَّ ولم يَضمَنِ الجِلدَ عند أبي حنيفة، وقالا: يَضمَنُ الجِلدَ مَدبوغاً ويُعطِي ما زادَ الدِّباغُ فيه. ....

قال: (**وإنِ استَهلَكَهُما ضَمِنَ الخَلَّ ولم يَضمَنِ الجِلدَ عند أبي حنيفة، وقالا: يَضمَنُ الجِلدَ مَدبوغاً ويُعطِي ما زادَ الدِّباغُ فيه**)، ولو هَلَك في يدِهِ[1] لا يَضمَنُه بالإجماع.

أمَّا الخلُّ؛ فلأنَّه لمَّا بقي على مِلكِ مالِكِهِ، وهو مالٌ مُتقوِّمٌ، ضَمِنَه بالإتلاف، ويَجِبُ مِثلُهُ؛ لأنَّ الخَلَّ من ذواتِ الأمثالِ.

وأمَّا الجلدُ: فلهما أنَّه باقٍ على مِلكِ المالكِ حتَّى كان له أن يأخُذَه، وهو مالٌ مُتقوِّمٌ، فَيضمَنُه مدبوغاً بالاستهلاك، ويُعطيهِ المالكُ ما زادَ الدِّباغُ فيه، كما إذا غَصَب ثوباً فَصَبَغَه ثمَّ استهلَكَهُ، يَضمَنُهُ ويُعطيهِ المالِكُ ما زادَ الصَّبغُ فيه، ولأنَّه واجبُ الرَّدِّ، فإذا فوَّتَه عليه خَلَّفَهُ قِيمتَهُ كما في المُستعار[2]، وبهذا فارَقَ الهَلاكَ بنفسِهِ[3].

وقولهما: «يُعطي ما زادَ الدِّباغُ فيه» محمولٌ على اختلافِ الجنسِ[4]، أمَّا عندَ اتِّحادِهِ[5] فَيُطرَحُ عنه ذلك القَدْرُ ويُؤخَذُ منه الباقي؛ لِعَدَم الفائدةِ في الأخذِ منه ثمَّ في الرَّدِّ عليه.

وله: أنَّ التَّقوُّمَ حصَلَ بِصُنعِ الغاصِبِ، وصَنعَتُهُ مُتقوِّمةٌ لاستعمالِهِ مالاً مُتقوِّماً فيه، ولهذا كان له أن يَحبِسَهُ حتَّى يَستوفِيَ ما زادَ الدِّباغُ فيه، فكان حقَّاً له،

---

(١) أي: في يدِ الغاصب.

(٢) يعني: أنَّ المستعار واجبُ الرَّدِّ، فإذا فوَّتَ المستعيرُ الرَّدَّ باستهلاكه تجب عليه القيمة.

(٣) حيث لا يضمن في الهلاك؛ لأنَّه لم يفوِّت شيئاً.

(٤) يعني: أن يقوِّمَ القاضي الجِلدَ بالدَّراهمِ والصَّبغَ بالدَّنانير، فيصير الجنسُ مُختلِفاً، فَيَضمَنُ الغاصبُ القيمةَ ويأخذُ ما زادَ الدِّباغُ. بناية.

(٥) أي: عند اتِّحادِ الجنسِ، وذلك إذا قوَّم القاضي الجلدَ والدِّباغَ بالدَّراهمِ أو الدَّنانير.

والجِلدُ تبَعٌ له في حقِّ التَّقوُّم، ثمَّ الأصلُ - وهو الصَّنعةُ - غيرُ مضمونٍ عليه، فكذا التَّابعُ، كما إذا هلَكَ من غيرِ صَنعَةٍ .

بخلاف وُجوبِ الرَّدِّ حالَ قيامِهِ[١]؛ لأنَّه يَتبَعُ المِلكَ، والجِلدُ غيرُ تابع لِلصَّنعةِ في حَقِّ المِلكِ؛ لِثُبوتِهِ قبلها وإن لم يكن مُتقوِّماً. بخلافِ الذَّكيِّ والثَّوبِ[٢]؛ لأنَّ التَّقوُّمَ فيهما كان ثابتاً قبلَ الدَّبغِ والصَّبغِ، فلم يكن تابعاً للصَّنعةِ.

ولو كان[٣] قائماً، فأراد المالكُ أن يَترُكَه على الغاصِبِ في هذا الوجهِ[٤] ويُضمِّنَه قِيمَتَه، قيل: ليس له ذلك؛ لأنَّ الجِلدَ لا قيمةَ له، بخلافِ صَبغِ الثَّوبِ؛ لأنَّ له قيمةً.

وقيل: ليس له ذلك عند أبي حنيفة، وعندهما لَهُ ذلك؛ لأنَّه[٥] إذا تَركَه عليه وضَمَّنَه عَجزَ الغاصبُ عن ردِّهِ، فصار كالاستهلاك، وهو على هذا الخلافِ على ما بيَّنَّاه.

ثمَّ قيل[٦]: يُضمِّنُه قيمةَ جلدٍ مَدبوغٍ ويُعطيهِ ما زادَ الدِّباغُ فيه، كما في الاستهلاك. وقيل: يُضمِّنُه قيمةَ جلدٍ ذكيٍّ غيرِ مدبوغٍ.

ولو دَبَغَه بما لا قيمةَ له، كالتُّرابِ والشَّمسِ، فهو لمالِكِهِ بلا شيءٍ؛ لأنَّه بمنزلةِ غَسلِ الثَّوبِ، ولو استهلَكَه الغاصِبُ يَضمَنُ قِيمَتَه مدبوغاً، وقيل: طاهراً غيرَ مدبوغٍ؛ لأنَّ وَصْفَ الدِّباغةِ هو الذي حصَّلَه، فلا يَضمَنُه.

وجهُ الأوَّل - وعليه الأكثرون -: أنَّ صفةَ الدِّباغةِ تابِعةٌ للجلد، فلا تُفرَدُ عنه، وإذا صارَ الأصلُ مَضموناً عليه فكذا صِفَتُه .

---

(١) جوابٌ عن قولهما: «ولأنَّه واجبُ الرَّدِّ».

(٢) جوابٌ عن قولهما: «كما إذا غَصَب ثوباً».

(٣) أي: الجلدُ قائماً، أي: غير هالك.

(٤) أي: الذي كان الدِّباغُ فيه بشيءٍ متقوِّم. عناية.

(٥) هذا دليلٌ على أنَّ في المسألة خلافٌ، لا دليلُ المُخالفين. عناية.

(٦) هذا إشارةٌ إلى بيانِ الاختلافِ في كيفيَّةِ الضَّمان على قولهما. بناية.

ولو خلَّلَ الخمْرَ بإلقاءِ المِلْحِ فيه، قالوا عند أبي حنيفة: صار مِلكاً للغاصِبِ ولا شيءَ له عليه.

وعندهما: أخذَهُ المالكُ وأعطى ما زادَ المِلحُ فيه، بمنزلةِ دَبغِ الجلدِ. ومعنى هاهنا: أن يُعطيَ مِثلَ وَزنِ الملحِ من الخَلِّ.

وإنْ أراد المالكُ تَرْكَه عليه وتَضمينَهُ، فهو على ما قيل وقيل[1] في دَبغِ الجلد. ولو استهلَكَها لا يَضمَنُها عند أبي حنيفة خلافاً لهما كما في دَبغِ الجلد.

ولو خلَّلها بإلقاءِ الخَلِّ فيها، فعن محمد: أنَّه إن صارَ خلاً من ساعتِهِ يصيرُ مِلكاً للغاصِبِ ولا شيءَ عليه؛ لأنَّه استهلاكٌ له وهو غيرُ مُتقوِّم، وإن لم تَصِرْ خلاً إلَّا بعدَ زمانٍ، بأن كان المُلقَى فيه خَلاً قليلاً، فهو بينهما على قَدْرِ كيلِهما؛ لأنَّه خَلْطُ الخَلِّ بالخَلِّ في التَّقدير، وهو على أصلِهِ[2] ليس باستهلاك.

وعند أبي حنيفة: هو للغاصِبِ في الوجهين[3]، ولا شيءَ عليه؛ لأنَّ نفسَ الخَلْطِ استهلاكٌ عنده، ولا ضمانَ في الاستهلاك؛ لأنَّه أتلَفَ مِلكَ نفسِهِ.

وعند محمد لا يَضمَنُ بالاستهلاك في الوجهِ الأوَّل لما بيَّنَّا، ويَضمَنُ في الوجه الثاني؛ لأنَّه أتلف مِلكَ غيره.

وبعضُ المشايخِ أجروا جوابَ الكتابِ على إطلاقِهِ أنَّ للمالك أن يأخُذَ الخَلَّ في الوُجوهِ كلِّها بغير شيءٍ؛ لأنَّ المُلقَى فيه يصيرُ مُستهلَكاً في الخَمرِ، فلم يَبقَ مُتقوِّماً. وقد كَثُرت فيه أقوالُ المشايخ، وقد أثبتناها في كفاية المنتهي.

---

(1) بتكرير «قيل» إشارةً إلى القولين المذكورين في دبغ الجلد، وهو ما ذكَرَهُ بقوله: «ولو كان قائماً فأراد المالك» إلى أن قال: «قيل: ليس له ذلك، وقيل: ليس له ذلك عند أبي حنيفة ﷺ».

(2) فإنَّ أصله – وهو قول أبي يوسف ﷺ أيضاً – أنَّ خَلْطَ الشَّيءِ بجنسِهِ ليس باستهلاكٍ عندهما، وحينئذ كان الخَلُّ مشتَركاً بينهما، فإذا أتلفَه فقد أتلفَ حقَّ نفسِهِ وغيرِهِ، فيضمَنُ خلاً مِثلَ خلِّ المَغصوبِ منه. عناية.

(3) يعني: ما إذا صارت خَلاً من ساعتِهِ، أو بعدَ زمان.

وَمَنْ كَسَرَ لِمُسلم بَرْبَطاً أو طَبلاً أو مِزماراً أو دُفّاً، أو أراقَ له سَكَراً أو مُنَصَّفاً فهو ضامِنٌ، وبَيعُ هذه الأشياءِ جائزٌ.

قال: (وَمَنْ كَسَرَ لِمُسلم بَرْبَطاً أو طَبلاً أو مِزماراً أو دُفّاً، أو أراقَ له سَكَراً أو مُنَصَّفاً فهو ضامِنٌ، وبَيعُ هذه الأشياءِ جائزٌ)، وهذا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يَضمَنُ، ولا يجوزُ بَيعُها.

وقيل: الاختلافُ في الدُّفِّ والطَّبلِ الذي يُضرَبُ لِلَّهو. فأمَّا طَبلُ الغُزاةِ والدُّفُّ الذي يُباحُ ضَربُهُ في العُرْس، يُضمَنُ بالإتلافِ من غيرِ خِلافٍ.

وقيل: الفتوى في الضَّمان على قولهما.

والسَّكَرُ: اسمٌ لِلنِّيءِ من ماءِ الرُّطَبِ إذا اشتَدَّ. والمُنصَّفُ: ما ذهَبَ نِصفُهُ بالطَّبخ. وفي المَطبوخِ أدنى طَبْخةً وهو الباذِقُ، عن أبي حنيفة روايتان في التَّضمينِ والبيعِ.

لهما: أنَّ هذه الأشياءَ أُعِدَّت للمعصيةِ فَبَطَلَ تَقوُّمُها كالخمر، ولأنَّه فَعَل ما فَعَل آمِراً بالمعروف، وهو بأمرِ الشَّرعِ فلا يَضمَنُه، كما إذا فعَلَ بإذنِ الإمام.

ولأبي حنيفة: أنَّها أموالٌ لِصَلاحيَّتِها لِما يَحِلُّ من وجوهِ الانتفاعِ وإنْ صَلَحت لِما لا يَحِلُّ، فصار كالأَمَةِ المُغنِّيةِ.

وهذا؛ لأنَّ الفسادَ بفعلِ فاعلٍ مختارٍ، فلا يُوجِبُ سُقوطَ التَّقوُّمِ، وجوازُ البيعِ والتَّضمينِ مُرتَّبانِ على الماليَّةِ والتَّقوُّم، والأمرُ بالمعروفِ باليدِ إلى الأمراءِ لِقُدرتِهم وباللِّسان إلى غيرِهم، وتَجِبُ قِيمَتُها غيرَ صالحةٍ لِلَّهوِ، كما في الجاريةِ المُغنيَّةِ والكَبشِ النَّطُوح والحَمامةِ الطَّيَّارةِ والدِّيكِ المُقاتِلِ والعَبدِ الخَصِيِّ، تجبُ القيمةُ غيرَ صالحةٍ لهذه الأمور، كذا هذا.

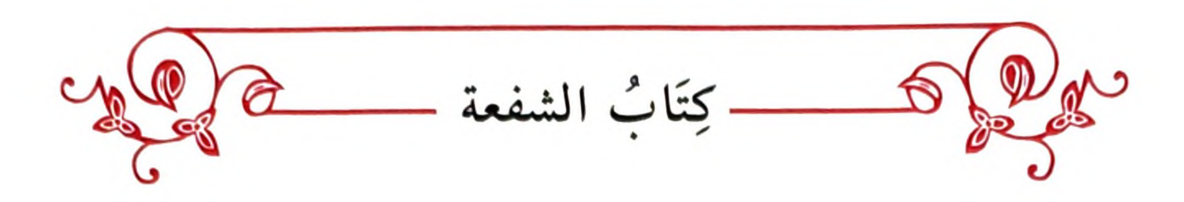
وفي السَّكَرِ والمُنصَّفِ تجبُ قِيمَتُهما، ولا يَجِبُ المِثلَ؛ لأنَّ المُسلِمَ مَمنوعٌ عن تَملُّكِ عَينِهِ وإنْ كان لو فَعَلَ جازَ، وهذا بخلافِ ما إذا أتلَفَ على نَصرانيٍّ صَليباً حيثُ يَضمَنُ قِيمَتَه صَليباً؛ لأنَّه مُقرٌّ على ذلك.

ومَنْ غَصَبَ أمَّ وَلَدٍ أو مُدبَّرةً، فَماتَتْ في يَدِهِ ضَمِنَ قِيمَةَ المُدبَّرةِ ولا يَضمَنُ قِيمَةَ أمِّ الوَلَدِ.

قال: **(ومَنْ غَصَبَ أمَّ وَلَدٍ أو مُدبَّرةً، فَماتَتْ في يَدِهِ ضَمِنَ قِيمَةَ المُدبَّرةِ ولا يَضمَنُ قِيمَةَ أمِّ الوَلَدِ)** عند أبي حنيفة، وقالا: يَضمَنُ قِيمَتَهُما؛ لأنَّ ماليَّةَ المُدبَّرةِ مُتقوِّمةٌ بالاتِّفاق، وماليَّةُ أمِّ الولدِ غيرُ مُتقوِّمةٍ عنده، وعندهما مُتقوِّمةٌ، والدَّلائلُ ذكرناها في كتابِ العِتاقِ من هذا الكتاب.



كتاب الشفعة



كِتَابُ الشفعة

الشُّفعَةُ واجِبةٌ لِلخَلِيطِ في نَفسِ المَبيعِ، ثمَّ لِلخَليطِ في حَقِّ المَبِيعِ، كالشِّرْبِ والطَّريقِ، ثمَّ لِلجارِ.

(كتاب الشفعة)

«الشُّفعَةُ» مُشتقَّةٌ من «الشَّفع» وهو الضَّمُّ، سُمِّيت بها لِما فيها من ضَمِّ المُشتراةِ إلى عَقارِ الشَّفيعِ[1].

قال: (الشُّفعَةُ واجِبةٌ لِلخَلِيطِ في نَفسِ المَبيعِ، ثمَّ لِلخَليطِ في حَقِّ المَبِيعِ، كالشِّرْبِ والطَّريقِ، ثمَّ لِلجارِ)، أفاد هذا اللَّفظُ ثُبوتَ حقِّ الشُّفعةِ لكلِّ واحدٍ من هؤلاء، وأفادَ التَّرتيبَ.

أمَّا الثُّبوتُ فلقوله ﷺ: «الشُّفعةُ لشريكٍ لم يقاسم»[2]، ولقوله ﷺ: «جارُ الدَّارِ أحَقُّ بالدَّارِ والأرض، يُنتَظَر له وإنْ كان غائباً إذا كان طَريقُهما واحداً»[3]،

---

(1) هذا معناها لغة، أمَّا شرعاً: فهي عبارةٌ عن تَملُّكِ المَرءِ ما اتَّصَلَ بِعَقارِهِ من العقارِ على المُشتري بِشَركةٍ أو جِوارٍ. عناية.

(2) قال الزيلعي (٤/ ١٧٢): غريب، وأخرج في المساقاة، باب: الشُّفعة (١٦٠٨) مسلم عن جابر قال: قَضَى رسولُ اللهِ ﷺ بالشُّفعةِ في كلِّ شَرِكةٍ لم تُقسَمْ ربعة أو حائطٍ، لا يَحِلُّ له أن يَبِيعَ حتَّى يُؤذِنَ شَريكَهُ، فإنْ شاء أخَذَ وإنْ شاءَ تَرَكَ، فإذا باعَ ولم يُؤذِنْه فهو أحقُّ به».

(3) هو مركَّب من حديثين:

- فصَدْرُ الحديث أخرجه أحمد (٥/ ٨) (٢٠٣٤٨)، أبو داود في الإجارة، باب: في الشفعة (٣٥١٧)، والترمذي في الأحكام، باب: الشفعة (١٣٦٨) عن سَمُرةَ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «جارُ الدَّارِ أحَقُّ بدارِ الجار، والأرض». قال الترمذي: حديثٌ حسنٌ صحيحٌ.

- وبقيَّةُ الحديث أخرجه أحمد (٣/ ٣٠٣) (١٤٣٠٣)، والترمذي في الأحكام، باب: الشفعة للغائب =

ولقوله ﷺ: «الجارُ أَحَقُّ بِسَقَبِه»، قيل: يا رسولَ اللهِ ما سَقَبُهُ؟ قال: «شُفعَتُه»[1]، ويُروى «الجارُ أحقُّ بِشُفعتِهِ»[2].

وقال الشَّافعيُّ[3]: لا شُفعَةَ بالجوارِ؛ لقوله ﷺ: «الشُّفعةُ فيما لم يُقسَمْ، فإذا وَقَعَتِ الحدودُ وصُرِفَتِ الطَّريقُ فلا شُفعةَ»[4]، ولأنَّ حقَّ الشُّفعةِ مَعدُولٌ به عن سَنَنِ القياس لِما فيه من تَملُّكِ المالِ على الغيرِ من غيرِ رضاه، وقد وَرَدَ الشَّرعُ به فيما لم يُقسَمْ، وهذا[5] ليس في معناه[6]؛ لأنَّ مُؤنَةَ القِسمةِ تَلزَمُهُ في الأصلِ[7] دونَ الفَرعِ.

ولنا: ما روينا، ولأنَّ مِلكَهُ مُتَّصلٌ بِمِلكِ الدَّخيلِ اتِّصالَ تأبيدٍ وقَرارٍ، فَيَثبُتُ له حَقُّ الشُّفعةِ عندَ وُجودِ المُعاوَضَةِ بالمالِ اعتباراً بِمَوردِ الشَّرعِ، وهذا لأنَّ

= (١٣٦٩)، وابن ماجه في الشفعة، باب: الشفعة بالجوار (٢٤٩٤)، وأبو داود في الإجارة، باب: في الشفعة (٣٥١٨) عن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: «الجارُ أحقُّ بِشُفعةِ جارِهِ، يُنتَظَرُ بها وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحد»، قال الترمذي: حديث حسن غريب.

(١) أخرجه البخاري في الشُّفعة، باب: عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع (٢١٣٩) وهو بتمامه عن عَمرو بنِ الشَّريد قال: وقفتُ على سَعد بنِ أبي وقَّاص، فجاءَ المِسورُ بنُ مَخرَمَةَ فوَضَعَ يدَهُ على إحدى مَنكبيَّ إذ جاء أبو رافع مولى النَّبيِّ ﷺ فقال: يا سعدُ ابتَعْ منِّي بيتي في دارك، فقال سعدٌ: واللهِ ما أبتاعهما، فقال المِسوَرُ: واللهِ لَتبتاعَنَّهما، فقال سعد: واللهِ لا أزيدُكَ على أربعة آلاف مَنَجَّمةً أو مُقطَّعة، قال أبو رافع: لقد أُعطيتُ بها خمسمائة دينار، ولولا أنِّي سمعتُ النَّبيَّ ﷺ يقول: «الجارُ أحَقُّ بِسَقَبِه»، ما أعطيتُكَها بأربعة آلاف وأنا أُعطى بها خمسمائة دينار، فأعطاها إياه.

(٢) انظر التَّعليق قبل الأخير.

(٣) قال في مغني المحتاج (٢/٤٠٢): ولا شفعةَ إلا لشريكٍ، في رقبةِ العقارِ، فلا تثبُتُ للجار.

(٤) أخرجه البخاري في البيوع، باب: بيع الأرض والدور والعروض مشاعا غير مقسوم (٢١٠٠) عن جابر بنِ عبدِ الله، قال: قَضَى النَّبيُّ ﷺ بالشُّفعةِ في كلِّ ما لم يُقسَم، فإذا وَقَعَتِ الحدودُ، وصُرِفَت الطُّرُق، فلا شُفعَةَ.

(٥) أي: الجار.

(٦) أي: ليس في معنى ما ورد به الشَّرعُ؛ لأنَّ ثُبوتَها فيه لِضَرورةِ دَفعِ مُؤنَةِ القِسمةِ التي تلزمه. عناية.

(٧) أي: فيما لم يُقسم.

وليس لِلشَّريكِ في الطَّريقِ والشِّرْبِ والجارِ شُفعَةٌ مع الخَليطِ في الرَّقبةِ، فإنْ سَلَّمَ فالشُّفعَةُ لِلشَّريكِ في الطَّريقِ، فإنْ سَلَّمَ أخَذَها الجارُ.

الاتِّصالَ على هذه الصِّفةِ إنَّما انتصَبَ سبباً فيه لِدَفعِ ضَرَرِ الجوارِ، إذ هو مادَّةُ المَضارِّ على ما عُرِف، وقَطعُ هذه المادَّةِ بتَمَلُّكِ الأصلِ أولى؛ لأنَّ الضَّررَ في حقِّهِ بإزعاجِهِ عن خُطَّةِ آبائه أقوى، وضرَرُ القسمةِ مشروعٌ لا يَصلُحُ علَّةً لِتحقيق ضَرَرِ غيره.

وأمَّا التَّرتيب[1] فلقوله ﷺ: «الشَّريكُ أحَقُّ من الخَليطِ، والخَليطُ أحَقُّ من الشَّفيع»[2]، فالشَّريكُ في نَفسِ المَبيعِ، والخَليطُ في حُقوقِ المَبيعِ، والشَّفيعُ هو الجار. ولأنَّ الاتِّصالَ بالشَّركةِ في المَبيعِ أقوى؛ لأنَّه في كلِّ جزءٍ، وبعده الاتِّصالُ في الحقوق؛ لأنَّه شركةٌ في مرافِقِ الملك، والتَّرجيحُ يتحقَّقُ بقوَّةِ السَّبب، ولأنَّ ضررَ القسمةِ إن لم يَصلُحْ عِلَّةً صَلَحَ مُرجِّحاً.

قال: **(وليس لِلشَّريكِ في الطَّريقِ والشِّرْبِ والجارِ شُفعَةٌ مع الخَليطِ في الرَّقبةِ)**؛ لِما ذكرنا أنَّه مقدَّم.

قال: **(فإنْ سَلَّمَ[3] فالشُّفعَةُ لِلشَّريكِ في الطَّريقِ، فإنْ سَلَّمَ أخَذَها الجارُ)**؛ لِما بيَّنَّا من التَّرتيب، والمرادُ بهذا الجارِ المُلاصِقُ، وهو الذي على ظَهرِ الدَّارِ المَشفوعةِ، وبابُهُ في سِكَّةٍ أخرى.

---

(١) هذا عطفٌ على قوله: «أمَّا الثُّبوت».

(٢) قال الزيلعي (٤/ ١٧٦): غريب، وذكَرَه ابنُ الجوزيِّ في التَّحقيق، وقال: إنَّه حديثٌ لا يُعرَف، وإنَّما المعروف ما رواه سعيد بن منصور عن الشَّعبيِّ: قال رسول الله ﷺ: «الشَّفيعُ أولى من الجار، والجارُ أولى من الجنب».
وأخرج ابنُ أبي شيبة عن إبراهيم النَّخعيِّ، قال: «الشَّريكُ أحقُّ بالشُّفعةِ، فإن لم يكن شريكٌ فالجارُ، والخَليطُ أحَقُّ من الشَّفيعِ، والشَّفيعُ أحقُّ ممَّنْ سواه». اهـ.

(٣) أي: إن سلَّمَ الخليطُ في الرَّقبةِ، وهو الشَّريكُ في نفسِ المبيع. بناية.

وعن أبي يوسف: أنَّ مع وُجودِ الشَّريكِ في الرَّقبةِ لا شُفْعَةَ لغيرِهِ سَلَّمَ أو استوفى؛ لأنَّهم مَحجُوبون به.

ووجهُ الظَّاهر: أنَّ السَّببَ تَقرَّرَ في حقِّ الكلِّ، إلَّا أنَّ للشَّريكِ حقَّ التَّقدُّمِ، فإذا سَلَّم كان لِمَنْ يليهِ بِمَنزلةِ دَينِ الصِّحَّةِ مع دَينِ المَرضِ، والشَّريكُ في المَبيعِ قد يكونُ في بعضٍ منها، كما في مَنزلٍ مُعيَّنٍ من الدَّارِ[1] أو جدارٍ مُعيَّنٍ منها، وهو[2] مقدَّمٌ على الجارِ في المنزلِ، وكذا على الجارِ في بَقيَّةِ الدَّارِ في أصحِّ الرِّوايتينِ عن أبي يوسف؛ لأنَّ اتِّصاله أقوى، والبُقعةُ واحدةٌ.

ثمَّ لا بدَّ أن يكونَ الطَّريقُ أو الشِّربُ خاصّاً حتَّى تُستَحقَّ الشُّفعةُ بالشَّركةِ فيه، فالطَّريقُ الخاصُّ أنْ لا يكونَ نافذاً، والشِّربُ الخاصُّ أن يكونَ نَهراً لا تَجري فيه السُّفُنُ، وما تجري فيه فهو عامٌّ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وعن أبي يوسف: أنَّ الخاصَّ أن يكونَ نهراً يُسقَى منه قَراحانِ[3] أو ثلاثةٌ، وما زاد على ذلك فهو عامٌّ، وإن كانت سِكَّةٌ غيرَ نافذةٍ يَتشعَّبُ منها سِكَّةٌ غيرُ نافذةٍ، وهي مُستطيلةٌ[4]، فَبيعَتْ دارٌ في السُّفلَى[5] فَلأهلِها الشُّفعةُ خاصَّةً دونَ أهلِ العليا، وإنْ بِيعَتِ لِلعليا فلأهلِ السِّكتين، والمعنى ما ذكرنا في كتاب أدب القاضي.

ولو كان نهرٌ صغيرٌ يأخذُ منه نهرٌ أصغَرُ منه، فهو على قياس الطَّريقِ فيما بيَّنَّاه.

---

(١) وذلك مِثلُ أن يكونَ في دارٍ كبيرةٍ بُيوتٌ، وفي بيتٍ منها شَركةٌ، فالشُّفعةُ للشَّريكِ دونَ الجارِ، وكذا هو مقدَّمٌ على الجارِ في بقيَّةِ الدَّارِ في أصحِّ الرِّوايتين عن أبي يوسف. عناية.

(٢) أي: الشَّريكُ في المبيع مقدَّم.

(٣) القَراحُ من الأرض: كلُّ قطعةٍ على حيالها، ليس فيها شجرٌ ولا شائبة شجر، وقد يُجمع على أقرحة كمكان وأمكنة وزمان وأزمنة.

(٤) أي: والحال أنَّ السِّكةَ المتشعَّب منها مستطيلةٌ.

(٥) أي: في السِّكَّة الفرعية، وهي المُنشعِبَة.

ولا يكونُ الرَّجلُ بِالجُذُوعِ على الحائطِ شَفيعَ شَرِكَةٍ، ولكنَّهُ شَفِيعَ جِوارٍ. والشَّريكُ في الخَشَبَةِ تكونُ على حائِطِ الدَّارِ جارٌ. وإذا اجتَمَعَ الشُّفعاءُ فالشُّفعَةُ بينهم على عَدَدِ رُؤوسِهِم، ولا يُعتَبَرُ اختلافُ الأملاكِ. ....

قال: (ولا يكونُ الرَّجلُ بِالجُذُوعِ على الحائطِ شَفيعَ شَرِكَةٍ، ولكنَّهُ شَفِيعَ جِوارٍ)؛ لأنَّ العِلَّةَ هي الشَّركةُ في العَقارِ، وبِوَضعِ الجُذُوعِ لا يَصيرُ شَريكاً في الدَّارِ، إلَّا أنَّه جارٌ ملازِقٌ.

قال: (والشَّريكُ في الخَشَبَةِ تكونُ على حائِطِ الدَّارِ جارٌ)؛ لِما بيَّنَّا[١].

قال: (وإذا اجتَمَعَ الشُّفعاءُ فالشُّفعَةُ بينهم على عَدَدِ رُؤوسِهِم[٢]، ولا يُعتَبَرُ اختلافُ الأملاكِ).

وقال الشَّافعيُّ[٣]: هي على مَقاديرِ الأنصِباءِ؛ لأنَّ الشُّفعةَ من مَرافِقِ المِلْك، ألا يُرى أنَّها لِتَكميلِ مَنفعتِهِ، فأشبَهَ الرِّبحَ والغَلَّةَ والوَلَدَ والثَّمرَةَ.

ولنا: أنَّهم استَوَوا في سببِ الاستحقاقِ، وهو الاتِّصالُ، فَيَستَوُوْن في الاستحقاقِ، ألا يُرَى أنَّه لو انفَرَدَ واحدٌ منهم استَحَقَّ كلَّ الشُّفعةِ، وهذا آيَةُ كمالِ السَّببِ[٤]، وكثرةُ الاتِّصالِ تُؤذِنُ بِكَثرةِ العِلَّةِ[٥]، والتَّرجيحُ يقعُ بقوَّةِ الدَّليلِ لا بِكَثرتِهِ، ولا قُوَّةَ هاهنا لِظُهورِ الأخرى بِمُقابِلِهِ، وتَملُّكُ مِلكِ غَيرِهِ لا يُجعَلُ ثَمرةً من ثَمَراتِ مِلكِهِ[٦]، ....

---

(١) إشارةٌ إلى قوله: «لأنَّ العِلَّةَ هي الشَّركة في العقار». عناية.

(٢) فإذا كانت الدَّارُ بينَ ثلاثةٍ، لأحدِهِم نِصفُها وللآخَرِ ثُلُثُها، وللآخَرِ سُدُسُها، وباع صاحِبُ النِّصفِ نصيبَهُ، وطَلَبَ الشَّريكانِ الشُّفعةَ، قضى بينهما بذلك نصفين عندنا.

(٣) انظر روضة الطالبين (٥/ ١٠٠) ط المكتب الإسلامي.

(٤) أي: علامةُ كمالِ السَّببِ في حقِّ كلِّ واحد منهم. بناية.

(٥) هذا جوابٌ عمَّا يُقال: الاتِّصالُ سببُ الاستحقاقِ، وصاحبُ الكَثيرِ أكثَرُ اتِّصالاً، فأنَّى يتساويان. عناية.

(٦) جواب عن جَعلِ الشَّافعيِّ الشُّفعةَ من مَرافقِ المِلْكِ، يعني: أنَّ القدرةَ على التَّملُّكِ لا تُعدُّ من ثمراتِ =

والشُّفعَةُ تَجِبُ بِعَقدِ البَيعِ وتَستَقِرُّ بالإشهادِ، ولا بدَّ مِنْ طَلَبِ المُواثَبَةِ، ....

بخلافِ الثَّمرةِ وأشباهِها[1].

ولو أسقَطَ بعضُهُم حقَّهُ فهي للباقين في الكلِّ على عَدَدِهم؛ لأنَّ الانتقاصَ لِلمُزاحمةِ مع كمالِ السَّببِ في حقِّ كلِّ واحدٍ منهم، وقد انقطعت.

ولو كان البعضُ غُيَّباً يقضي بها بينَ الحُضورِ على عَدَدِهم؛ لأنَّ الغائب لعلَّهُ لا يَطلُب، وإنْ قَضَى لحاضرٍ بالجميع، ثمَّ حَضَر آخَرُ يقضي له بالنِّصف، ولو حضَرَ ثالثٌ فَبِثُلُثِ ما في يدِ كلِّ واحدٍ تحقيقاً للتَّسوية، فلو سُلِّمَ الحاضرُ بعدما قَضَى له بالجَمِيع لا يأخُذُ القادمُ إلَّا النِّصفَ؛ لأنَّ قضاءَ القاضي بالكلِّ للحاضِرِ يَقطَعُ حقَّ الغائبِ عن النِّصفِ، بخلاف ما قبل القضاء.

قال: **(والشُّفعَةُ تَجِبُ بِعَقدِ البَيعِ)**، ومعناه: بعدَهُ، لا أنَّه هو السَّببُ؛ لأنَّ سبَبَها الاتِّصالُ على ما بيَّنَّاه[2].

والوجهُ فيه: أنَّ الشُّفعةَ إنَّما تَجِبُ إذا رَغِبَ البائعُ عن مِلْكِ الدَّارِ، والبيعُ يُعرِّفُها[3]، ولهذا يُكتَفَى بِثُبوتِ البيعِ في حقِّهِ، حتَّى يأخُذُها الشَّفيعُ إذا أقرَّ البائعُ بالبيعِ وإنْ كان المُشتري يُكذِّبُه.

قال: **(وتَستَقِرُّ بالإشهادِ، ولا بدَّ مِنْ طَلَبِ المُواثَبَةِ[4])**؛ لأنَّه حقٌّ ضعيفٌ يَبطُلُ بالإعراض، فلا بدَّ من الإشهادِ والطَّلَبِ لِيُعلَمَ بذلك رَغبتُهُ فيه دونَ إعراضِهِ عنه،

= الملك؛ لأنَّها - أي: القدرة - غيرُ متولِّدةٍ عن الملك، وعليه لا يصحُّ جَعلُ الشُّفعةِ مِن ثَمَراتِ مِلكِهِ، وذلك كالأب فإنَّه قادرٌ على تَملُّكِ جاريةِ ابنه، ولا تُعَدُّ تلكَ القدرةُ من ثمراتِ مِلكِهِ.

(١) فإنَّها متولِّدةٌ من العين، فيتولَّدُ بقَدْرِ المِلْكِ، أمَّا تملُّكُ ملكِ غيره فلا يتولَّدُ من ملكِهِ، فكيف يُجعَلُ كالثَّمرة واللَّبن والولدِ. لكنوي

(٢) يعني: في قوله: «ولنا أنَّهم استووا في سبب الاستحقاق، وهو الاتِّصال»، انظر ص (٨٣).

(٣) أي: والبيعُ يعرِّفُ ويُظهِرُ رغبةَ البائعِ عن مِلكِ الدَّار، وذلك لأنَّ الرَّغبة عن الدَّار أمرٌ خفيٌّ لا بدَّ له من علامةٍ تُظهِرُهُ.

(٤) وهو طلبُ الشُّفعةِ على وجه السُّرعة.

وتُملَكُ بالأخذِ إذا سَلَّمَها المُشتري، أو حَكَم بها الحاكِمُ.

ولأنَّه يحتاجُ إلى إثباتِ طَلَبِهِ عندَ القاضي، ولا يُمكِنُهُ إلَّا بالإشهاد.

قال: **(وتُملَكُ بالأخذِ إذا سَلَّمَها المُشتري، أو حَكَم بها الحاكِمُ)**؛ لأنَّ المِلكَ لِلمُشتري قد تَمَّ فلا يَنتقِلُ إلى الشَّفيع إلَّا بالتَّراضي، أو قَضاءِ القاضي، كما في الرُّجوعِ في الهبة[1].

وتظهرُ فائدةُ هذا[2] فيما إذا مات الشَّفيعُ بعد الطَّلبين[3] أوباعَ دارَهُ المُستَحَقَّ بها الشُّفعةُ، أو بِيعَتْ دارٌ بِجَنبِ الدَّارِ المُشفوعةِ قبلَ حُكمِ الحاكمِ أو تَسليمِ المُخاصِمِ[4]، لا تُورَثُ عنه في الصُّورةِ الأولى، وتَبطُلُ شُفعتُهُ في الثَّانية، ولا يَستحِقُّها في الثَّالثةِ؛ لانعدامِ المِلكِ له.

ثمَّ قوله: «تَجِبُ بِعَقدِ البيعِ» بيانُ أنَّه لا يجبُ إلَّا عندَ مُعاوَضةِ المال بالمال، على ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالى، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصَّواب.

(١) أي: كما لا يصحُّ الرُّجوعُ في الهبةِ إلَّا بالتَّراضي وقضاءِ القاضي؛ لأنَّ الموهوب دخل في ملك الموهوب له، فلا يخرج إلَّا بالتَّراضي أو قضاء القاضي. بناية.

(٢) أي: فائدة قوله: «ويملك بالأخذ». بناية.

(٣) أي: طلبُ المُواثبةِ وطلبُ الإشهادِ.

(٤) يعني: المشتري.

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

وإذا عَلِمَ الشَّفيعُ بالبيعِ أشهَدَ في مَجلِسِهِ ذلكَ على المُطالَبَةِ، ....

(باب طلب الشفعة والخصومة فيها)

قال: (وإذا عَلِمَ الشَّفيعُ بالبيعِ أشهَدَ في مَجلِسِهِ ذلكَ على المُطالَبَةِ). اعلم أنَّ الطَّلَبَ على ثلاثةِ أوجهٍ:

- طَلَبُ المُواثَبَةِ: وهو أن يَطلُبَها كما عَلِمَ، حتَّى لو بلَغَ الشَّفيعَ البيعُ ولم يَطلُبْ شُفعَتَهُ بَطَلَتِ الشُّفعَةُ لِما ذكرنا[١]، ولقوله ﷺ: «الشُّفعةُ لِمَنْ واثَبَها»[٢].

ولو أُخبِرَ بكتابٍ والشُّفعَةُ في أوَّله أو في وَسَطِه، فقرأ الكتابَ إلى آخرِهِ بَطَلَت شُفعَتُه، وعلى هذا عامَّةُ المشايخ، وهو روايةٌ عن محمد، وعنه: أنَّ له مَجلِسَ العِلْم، والرِّوايتان في النَّوادر. وبالثَّانيةِ أخَذَ الكرخيُّ؛ لأنَّه لمَّا ثبَتَ له خِيارُ التَّملُّكِ لا بدَّ له من زمانِ التَّأمُّلِ كما في المُخيَّرةِ.

ولو قال بعدَما بلَغَه البيعُ: «الحمدُ لله»، أو «لا حولَ ولا قُوَّةَ إلَّا بالله»، أو قال: «سبحان الله» لا تَبطُلُ شُفعتُهُ؛ لأنَّ الأوَّلَ حَمْدٌ على الخَلاصِ من جِوارِهِ، والثَّاني تعجُّبٌ منه لِقَصدِ إضرارِهِ، والثَّالثُ لافتتاح كلامِهِ، فلا يدلُّ شيءٌ منه على الإعراض.

وكذا إذا قال: «مَنِ ابتاعَها، وبِكَمْ بِيعَتْ»؛ لأنَّه يَرغَبُ فيها بِثَمنٍ دونَ ثَمنٍ، ويرغَبُ عن مُجاورةِ بعضٍ دونَ بعضٍ.

---

(١) أشار إلى قوله: «لأنَّه حقٌّ ضعيف». انظر ص (٨٤).

(٢) أخرجه عبدُ الرَّزاق في مُصنَّفه من قَولِ شُرَيح: «إنَّما الشُّفعة لِمَن واثَبَها»، ومن أحاديث الباب ما أخرجه ابن ماجه في الشفعة، باب: طلب الشفعة (٢٥٠٠) بسند ضعيف عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «الشُّفعةُ كَحَلِّ العِقال». معناه: أنَّها تفوتُ إن لم يَبتدِر إليها، كالبعير الشَّرودِ يُحَلُّ عِقالُهُ.

ثمَّ يَنهَضُ منه ويُشهِدُ على البائعِ إنْ كان المَبِيعُ في يدِهِ، ....

والمرادُ بقوله في الكتاب: «أشهَدَ في مَجلِسِهِ ذلكَ على المُطالَبةِ» طلبُ المُواثَبةِ، والإشهادُ فيه ليس بِلازمٍ، إنَّما هو لِنَفيِ التَّجاحُدِ. والتَّقييدُ بالمَجلِسِ إشارةٌ إلى ما اختاره الكرخيُّ.

ويَصحُّ الطَّلبُ بكلِّ لَفظٍ يُفهَمُ منه طَلَبُ الشُّفعةِ، كما لو قال: طلبتُ الشُّفعةَ، أو أطلُبُها، أو أنا طالِبُها؛ لأنَّ الاعتبارَ لِلمَعنَى.

وإذا بلَغَ الشَّفيعَ بيعُ الدَّارِ، لم يَجِبْ عليه الإشهادُ حتَّى يُخبِرَهُ رجلانِ، أو رجلٌ وامرأتان، أو واحدٌ عَدْلٌ عند أبي حنيفة، وقالا: يجبُ عليه أنْ يُشهِدَ إذا أخبَرَهُ واحدٌ، حرّاً كان أو عبداً، صبيّاً كان أو امرأةً، إذا كان الخبرُ حقّاً.

وأصلُ الاختلافِ في عَزلِ الوَكيلِ، وقد ذكرناه بدَلائِلِهِ وأخواتِهِ فيما تقدَّم[1]، وهذا بخلافِ المُخيَّرةِ إذا أُخبِرَتْ عنده؛ لأنَّه ليس فيه إلزامُ حُكمٍ، وبخلافِ ما إذا أخبَرَه المشتري؛ لأنَّه خَصْمٌ فيه، والعدالةُ غيرُ مُعتبَرةٍ في الخُصومِ.

والثاني: طلَبُ التَّقريرِ والإشهاد؛ لأنَّه مُحتاجٌ إليه لإثباتِهِ عند القاضي على ما ذكرنا، ولا يُمكِنُه الإشهادُ ظاهراً على طَلَبِ المُواثَبةِ؛ لأنَّه على فَورِ العلمِ بالشِّراءِ، فَيَحتاجُ بعدَ ذلك إلى طَلَبِ الإشهادِ والتَّقريرِ. وبيانُهُ ما قال في الكتاب:

(ثمَّ يَنهَضُ منه) يعني: من المَجلِس (ويُشهِدُ على البائعِ إنْ كان المَبِيعُ في يدِهِ) معناه: لم يُسلَّم إلى المشتري، ....

(١) أراد بأخواته المولى إذا أُخبِرَ بجنايةِ عبده فأعتقه، والبِكرُ إذا سكتت بعدما أخبرت بإنكاح الوليِّ، والمُسلِمُ الذي لم يهاجر إلينا فأُخبِر بالشَّرائع، ففي كلِّ ذلك يشترط في المخبر العدد، أو العدالةُ عند أبي حنيفة، خلافاً لهما. بناية.

أو على المُبتاعِ، أو عندَ العقارِ، فإذا فَعَلَ ذلك استقرَّتْ شُفعَتُهُ. ولا تَسقُطُ الشُّفعَةُ بِتأخيرِ هذا الطَّلبِ عند أبي حنيفة، وهو روايةٌ عن أبي يوسف، وقال محمد: إنْ تَرَكها شهراً بعدَ الإشهادِ بَطَلَتْ. ....

(أو على المُبتاعِ، أو عندَ العقارِ، فإذا فَعَلَ ذلك استقرَّتْ شُفعَتُهُ)، وهذا لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما خَصمٌ فيه؛ لأنَّ للأوَّلِ اليدَ، وللثَّاني المِلكَ.

وكذا يصحُّ الإشهادُ عندَ المَبيعِ؛ لأنَّ الحقَّ مُتعلِّقٌ به، فإنْ سلَّمَ البائعُ المَبيعَ لم يصحَّ الإشهادُ عليه لِخُروجِهِ من أن يكونَ خَصْماً، إذ لا يَدَ له ولا مِلكَ، فصار كالأجنبيِّ.

وصورةُ هذا الطَّلبِ أن يقول: «إنَّ فلاناً اشترى هذه الدَّارَ وأنا شَفيعُها، وقد كنتُ طلَبتُ الشُّفعةَ، وأطلُبُها الآنَ، فاشهدوا على ذلك». وعن أبي يوسف: أنَّه يُشترَطُ تَسميةُ المَبيعِ وتَحديدُهُ؛ لأنَّ المُطالبَةَ لا تَصحُّ إلَّا في معلومٍ.

والثَّالثُ: طلَبُ الخُصومةِ والتَّملُّكِ، وسنذكُرُ كيفيَّتَه من بعد إن شاء الله تعالى.

قال: **(ولا تَسقُطُ الشُّفعَةُ بِتأخيرِ هذا الطَّلبِ عند أبي حنيفة، وهو روايةٌ عن أبي يوسف. وقال محمد: إنْ تَركها شهراً بعدَ الإشهادِ بَطَلَتْ)**، وهو قولُ زفر، معناه: إذا ترَكَها من غير عذرٍ.

وعن أبي يوسف: أنَّه إذا ترَكَ المُخاصَمَةَ في مَجلِسٍ من مَجالِسِ القاضي تَبطُلُ شُفعَتُهُ؛ لأنَّه إذا مَضَى مَجلِسٌ من مجالسِهِ ولم يُخاصِمْ فيه اختياراً، دلَّ ذلك على إعراضِهِ وتَسليمِهِ.

وجهُ قولِ محمَّد: أنَّه لو لم يَسقُطْ بتأخيرِ الخُصومةِ منه أبداً يَتضرَّرُ به المشتري؛ لأنَّه لا يُمكِنُهُ التَّصرُّفُ حَذارَ نَقضِهِ من جهةِ الشَّفيعِ، فقدَّرناه بشهرٍ؛ لأنَّه آجِلٌ، وما دونَهُ عاجلٌ على ما مرَّ في الأيمان.

ووجهُ قولِ أبي حنيفة - وهو ظاهرُ المَذهبِ، وعليه الفتوى - أنَّ الحقَّ متى ثَبَتَ واستقَرَّ لا يَسقُطُ إلَّا بإسقاطِهِ، وهو التَّصريحُ بلسانِهِ كما في سائر الحقوقِ،

وإذا تقَدَّمَ الشَّفيعُ إلى القاضي فادَّعَى الشِّراءَ وطَلَبَ الشُّفعَةَ، سأَلَ القاضي المُدَّعَى عليه، فإنِ اعتَرَفَ بِمِلكِهِ الذي يَشفَعُ به، وإلَّا كلَّفَهُ بإقامةِ البيِّنةِ. فإنْ عَجَزَ عن البيِّنةِ استَحلَفَ المُشتري «باللهِ ما يَعلَمُ أنَّه مالِكٌ لِلذي ذَكَرَهُ مِمَّا يَشفَعُ به»، فإنْ نَكَلَ، أو قامَتِ لِلشَّفيعِ بيِّنةٌ ثبَتَ مِلكُهُ في الدَّارِ التي يَشفَعُ بها، وثبَتَ الجِوارُ، فَبعدَ ذلكَ سأَلَهُ القاضي: ....

وما ذَكَرَ من الضَّرَرِ يُشكِلُ بما إذا كان غائباً، ولا فَرْقَ في حقِّ المُشتري بين الحَضَرِ والسَّفر.

ولو عَلِمَ أنَّه لم يكنْ في البلَدِ قاضٍ لا تبطلُ شُفعتُهُ بالتَّأخيرِ بالاتِّفاق؛ لأنَّه لا يَتمكَّنُ من الخُصومةِ إلَّا عند القاضي، فكان عُذراً.

قال: **(وإذا تقَدَّمَ الشَّفيعُ إلى القاضي فادَّعَى الشِّراءَ وطَلَبَ الشُّفعَةَ، سأَلَ القاضي المُدَّعَى عليه، فإنِ اعتَرَفَ بِمِلكِهِ الذي يَشفَعُ به، وإلَّا كلَّفَهُ بإقامةِ البيِّنةِ)**؛ لأنَّ اليد ظاهرٌ مُحتمِلٌ، فلا تكفي لإثباتِ الاستحقاق.

قال رَحِمَهُ اللهُ: يَسألُ القاضي المُدَّعِي - قبلَ أن يُقبِلَ على المُدَّعى عليه - عن مَوضِعِ الدَّارِ وحُدودِها؛ لأنَّه ادَّعى حقَّاً فيها، فصار كما إذا ادَّعَى رَقَبَتَها، وإذا بيَّنَ ذلك يَسأَلُهُ عن سببِ شُفعتِهِ لاختلافِ أسبابها، فإن قال: أنا شفيعُها بدارٍ لي تُلاصِقُها الآنَ، تَمَّ دعواه على ما قاله الخَصَّاف.

وذكر في الفتاوى تَحديدَ هذه الدَّارِ التي يَشفَعُ بها أيضاً، وقد بيَّنَّاه في الكتابِ المَوسوم بالتَّجنيس والمَزيد.

قال: **(فإنْ عَجَزَ عن البيِّنةِ استَحلَفَ المُشتري «باللهِ ما يَعلَمُ أنَّه مالِكٌ لِلذي ذَكَرَهُ مِمَّا يَشفَعُ به»)**، معناه: بِطَلَبِ الشَّفيع؛ لأنَّه ادَّعى عليه مَعنىً لو أقَرَّ به لَزِمَه، ثمَّ هو استحلافٌ على ما في يدِهِ، فيَحلفُ على العِلْم، **(فإنْ نَكَلَ، أو قامَتِ لِلشَّفيعِ بيِّنةٌ ثبَتَ مِلكُهُ في الدَّارِ التي يَشفَعُ بها، وثبَتَ الجِوارُ، فَبعدَ ذلكَ سأَلَهُ القاضي)** يعني: المُدَّعى عليه ....

هل ابتاعَ أم لا؟ فإن أنكرَ الابتياعَ، قيل لِلشَّفيعِ: «أقِمِ البيِّنَةَ»، فإنْ عَجزَ عنها استُحلِفَ المُشتري «باللهِ ما ابتاع، أو باللهِ ما استُحِقَّ عليه في هذه الدَّارِ شُفعَةٌ مِنَ الوجهِ الذي ذَكَرَه». وتَجوزُ المُنازَعَةُ في الشُّفعةِ وإنْ لم يُحضِرِ الشَّفيعُ الثَّمَنَ إلى مَجلِسِ القاضي، فإذا قَضَى القاضي بالشُّفعةِ لَزِمَهُ إحضارُ الثَّمنِ. ....

(هل ابتاعَ[1] أم لا، فإن أنكرَ الابتياعَ، قيل لِلشَّفيعِ أقِمِ البيِّنَةَ)؛ لأنَّ الشُّفعةَ لا تَجِبُ إلَّا بعد ثُبوتِ البيعِ، وثُبوتُه بالحُجَّة.

قال: (فإنْ عَجزَ عنها استُحلِفَ المُشتري «باللهِ ما ابتاع، أو باللهِ ما استُحِقَّ عليه في هذه الدَّارِ شُفعَةٌ مِنَ الوجهِ الذي ذَكَرَه»)، فهذا على الحاصل، والأوَّل على السَّبب، وقد استوفينا الكلامَ فيه في الدَّعوى[2]، وذكرنا الاختلافَ بتوفيقِ اللهِ.

وإنَّما يُحلِّفُه على البَتاتِ؛ لأنَّه استحلافٌ على فِعلِ نَفسِهِ وعلى ما في يَدِهِ أصالةً، وفي مِثلِهِ يُحلَفُ على البَتات.

قال: (وتَجوزُ المُنازَعَةُ في الشُّفعةِ وإنْ لم يُحضِرِ الشَّفيعُ الثَّمَنَ إلى مَجلِسِ القاضي، فإذا قَضَى القاضي بالشُّفعةِ لَزِمَهُ إحضارُ الثَّمنِ)، وهذا ظاهرُ روايةِ الأصلِ.

وعن محمَّد أنَّه لا يَقضِي حتَّى يُحضِرَ الشَّفيعُ الثَّمنَ، وهو روايةُ الحَسَنِ عن أبي حنيفة؛ لأنَّ الشَّفيعَ عساه يكونُ مُفلِساً فيتوقَّفُ القضاءُ على إحضارِهِ حتَّى لا يَتوى مالُ المُشتري.

وجهُ الظَّاهر: أنَّه لا ثَمَنَ له عليه قبلَ القَضاءِ، ولهذا لا يُشتَرَطُ تسليمُهُ، فكذا لا يُشتَرَطُ إحضارُهُ.

---

(١) أي: هل اشترى الدَّارَ المشفوعة، أم لا.

(٢) يريدُ ما ذَكَرَه في فصلِ كيفيَّةِ اليمينِ والاستحلاف من كتاب الدعوى.

وإذا قَضَى له بالدَّارِ، فَلِلمُشترِي أنْ يَحبِسَهُ حتَّى يَستوفي الثَّمَنَ. وإنْ أحضَرَ الشَّفيعُ البائعَ والمَبيعُ في يدِهِ، فَلَهُ أنْ يُخاصِمَهُ في الشُّفعةِ. ....

(وإذا قَضَى له بالدَّارِ، فَلِلمُشترِي أنْ يَحبِسَهُ حتَّى يَستوفي الثَّمَنَ)، ويَنفُذُ القَضاءُ عند محمَّد أيضا؛ لأنَّه فصلٌ مُجتَهَدٌ فيه، ووَجَبَ عليه الثَّمنُ، فَيُحبَسُ فيه، فلو أَخَّرَ أداءَ الثَّمنِ بعدَما قال له: «ادفَعِ الثَّمنَ إليه» لا تبطلُ شُفعَتُه؛ لأنَّها تأكَّدتْ بالخُصومةِ عندَ القاضي.

قال: (وإنْ أحضَرَ الشَّفيعُ البائعَ والمَبيعُ في يدِهِ، فَلَهُ أنْ يُخاصِمَهُ في الشُّفعةِ)؛ لأنَّ اليدَ له، وهي يَدٌ مُستَحِقَّةٌ، ولا يَسمَعُ القاضي البيِّنةَ حتَّى يَحضُرَ المُشتري، فَيَفسَخُ البيعَ بِمَشهَدٍ منه، ويَقضِي بالشُّفعةِ على البائع، ويَجعَلُ العُهدةَ عليه؛ لأنَّ المِلكَ لِلمُشتري واليدَ للبائع، والقاضي يقضي بهما للشَّفيعِ، فلا بدَّ من حُضورِهِما.

بخلاف ما إذا كانتِ الدَّارُ قد قُبِضَتْ، حيثُ لا يُعتَبَرُ حُضورُ البائعِ؛ لأنَّه صارَ أجنبيًّا، إذْ لا يَبقَى له يدٌ ولا مِلكٌ.

وقوله: «فَيَفسَخُ البيعَ بِمَشهَدٍ منه» إشارةٌ إلى علَّةٍ أخرى، وهي أنَّ البيعَ في حقِّ المُشتري إذا كانَ يَنفسِخُ لا بدَّ من حُضورِهِ لِيَقضي بالفَسخِ عليه.

ثمَّ وَجهُ هذا الفَسخِ المذكورِ أنْ يَنفَسِخَ في حَقِّ الإضافةِ؛ لامتناعِ قَبضِ المُشتري بالأخذِ بالشُّفعةِ، وهو يُوجِبُ الفَسْخَ، إلَّا أنَّه يبقى أصلُ البيعِ لِتَعذُّرِ انفساخِهِ؛ لأنَّ الشُّفعةَ بناءٌ عليه، ولكنَّه تَتحوَّلُ الصَّفقةُ إليه ويَصيرُ كأنَّه هو المُشتري منه، فلهذا يَرجِعُ بالعُهدةِ على البائع.

بخلافِ ما إذا قَبَضَه المُشتري فأخَذَه من يدِهِ، حيثُ تكونُ العُهدةُ عليه؛ لأنَّه مَلَكَهُ بالقبض. وفي الوجهِ الأوَّل[1] امتَنَع قبضُ المُشتري وأنَّه يُوجِبُ الفسخَ،

---

(١) وهو فيما إذا كان المبيعُ في يدِ البائعِ.

وَمَنِ اشتَرَى داراً لِغَيرِهِ فَهُو الخَصْمُ لِلشَّفيعِ، إلَّا أنْ يُسلِّمَها إلى المُوكِّلِ. وإذا قَضَى القاضي لِلشَّفيعِ بِالدَّارِ ولم يكنْ رآها، فلَهُ خِيارُ الرُّؤيةِ، وإنْ وَجدَ بها عَيباً فلَهُ أنْ يَرُدَّها، وإنْ كانَ المُشتري شَرَطَ البَراءَةَ منه.

وقد طَوَّلنا الكلامَ فيه في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى.

قال: (وَمَنِ اشتَرَى داراً لِغَيرِهِ فَهُو الخَصْمُ لِلشَّفيعِ)؛ لأنَّه هو العاقدُ، والأخذُ بالشُّفعةِ من حُقوقِ العَقدِ، فيَتوجَّه عليه.

قال: (إلَّا أنْ يُسلِّمَها إلى المُوكِّلِ)؛ لأنَّه لم يَبقَ له يدٌ ولا مِلكٌ، فيكونُ الخَصمُ هو المُوكِّلَ، وهذا؛ لأنَّ الوكيلَ كالبائعِ من المُوكِّلِ على ما عُرِف، فَتَسليمُهُ إليه كَتَسليمِ البائعِ إلى المشتري، فَتَصيرُ الخُصومةُ معه، إلَّا أنَّه مع ذلك قائمٌ مَقامَ المُوكِّلِ، فَيَكتفي بِحُضورِهِ في الخُصومةِ قبلَ التَّسليمِ.

وكذا إذا كان البائعُ وكيلَ الغائبِ، فَلِلشَّفيعِ أن يأخُذَها منه إذا كانت في يدِهِ؛ لأنَّه عاقدٌ، وكذا إذا كان البائعُ وَصيّاً[1] لِميِّتٍ فيما يَجوزُ بَيعُهُ[2]؛ لِما ذكرنا.

قال: (وإذا قَضَى القاضي لِلشَّفيعِ بِالدَّارِ ولم يكنْ رآها، فلَهُ خِيارُ الرُّؤيةِ، وإنْ وَجدَ بها عَيباً فلَهُ أنْ يَرُدَّها، وإنْ كانَ المُشتري شَرَطَ البَراءَةَ منه)؛ لأنَّ الأخذَ بالشُّفعةِ بمنزلةِ الشِّراءِ؛ ألا يُرَى أنَّه مُبادَلةُ المالِ بالمالِ، فَيَثبُتُ فيه الخِياران كما في الشِّراء، ولا يَسقُطُ بِشَرطِ البَراءةِ من المُشتري ولا بِرُؤيتِهِ؛ لأنَّه ليس بنائبٍ عنه، فلا يَملِكُ إسقاطَهُ.

---

(١) يعني: يكونُ الخَصمُ للشَّفيعِ هو الوصيَّ إذا كانت الورثةُ صغاراً. عناية.

(٢) احترازٌ عمَّا لا يَتغابَنُ النَّاسُ بمثله، فإنَّ بيعَهُ به لا يجوز. وقيل: المرادُ به كونُ الوَرثةِ صغاراً، فإنَّ الوصيَّ يبيعُ التَّركةَ، أمَّا إذا كانتِ الوَرثةُ كباراً لا يَجوزُ بيعُهُ؛ لأنَّهم مُتمكِّنون من النَّظر لأنفسهم. عناية.

فصل في مسائل الاختلاف

وإنِ اختَلَفَ الشَّفيعُ والمُشتري في الثَّمَنِ، فَالقَولُ قَولُ المُشتري، ولو أقاما البيِّنةَ، فالبيِّنةُ للشَّفيعِ عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: البيِّنةُ بيِّنةُ المُشتري. ...

(فصل في مسائل الاختلاف)

قال: (وإنِ اختَلَفَ الشَّفيعُ والمُشتري في الثَّمَنِ، فَالقَولُ قَولُ المُشتري)؛ لأنَّ الشَّفيعَ يَدَّعي استحقاقَ الدَّارِ عليه عندَ نَقدِ الأقلِّ، وهو يُنكِرُ، والقولُ قَولُ المُنكِرِ مَعَ يمينِهِ، ولا يَتَحالَفانِ؛ لأنَّ الشَّفيعَ إنْ كان يدَّعي عليه استحقاقَ الدَّارِ، فالمشتري لا يَدَّعي عليه شيئاً؛ لِتَخيُّرِهِ بينَ التَّركِ والأخذِ، ولا نَصَّ هاهنا، فلا يَتَحالفان.

قال: (ولو أقاما البيِّنةَ، فالبيِّنةُ للشَّفيعِ عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: البيِّنةُ بيِّنةُ المُشتري)؛ لأنَّها أكثَرُ إثباتاً، فصارَ كبيِّنةِ البائعِ[1] والوكيلِ[2] والمُشتري من العَبدِ[3].

ولهما: أنَّه لا تَنافي بينهما، فَيُجعَلُ كأنَّ المَوجودَ بَيعانِ، وللشَّفيعِ أن يأخذَ بأيِّهما شاءَ، وهذا بخلافِ البائعِ مع المشتري؛ لأنَّه لا يَتوالَى بينهما عَقدانِ إلَّا بانفساخِ الأوَّلِ، وهاهنا الفَسخُ لا يَظهَرُ في حقِّ الشَّفيعِ، وهو التَّخريجُ لبيِّنةِ الوكيلِ؛ لأنَّه كالبائعِ والمُوكِّلُ كالمشتري منه، كيف وأنَّها ممنوعةٌ على ما روي عن محمد. وأمَّا المشتري من العَبدِ فقلنا: ذَكَر في السِّيَر الكبيرِ أنَّ البيِّنةَ بيِّنةُ المالِكِ القديمِ، فلنا أن نمنع. وبعدَ التَّسليم نَقولُ: لا يَصحُّ الثَّاني هنالكَ إلَّا بِفَسخِ الأوَّلِ، أمَّا هاهنا فَبخلافِهِ، ولأنَّ بيِّنَةَ الشَّفيعِ مُلزِمةٌ، وبيِّنَةَ المُشتري

---

(١) أي: إذا اختلف هو والمشتري في مِقدارِ الثَّمنِ وأقاما البيِّنةَ، فإنَّها للبائع.

(٢) أي: وكبيِّنةِ الوكيلِ بالشِّراءِ مع بيِّنةِ المُوكِّل إذا اختَلَفا في الثَّمن، فإنَّها للوكيل.

(٣) أي: وكبيِّنةِ المُشتري من العبدِ مع بيِّنةِ المولى القديم، إذا اختلفا في ثَمَنِ العبدِ المأمورِ، فإنَّها للمشتري لِما في ذلك كلِّه من إثبات الزِّيادة.

وإذا ادَّعى المُشترِي ثَمَناً، وادَّعى البائعُ أقَلَّ منه ولم يَقبِضِ الثَّمنَ، أخَذَها الشَّفيعُ بما قالَهُ البائعُ، وكان ذلك حَطّاً عن المُشترِي. ولوِ ادَّعى البائعُ الأكثَرَ يَتَحالَفانِ ويَترادَّانِ، وأيُّهما نَكَلَ ظَهَرَ أنَّ الثَّمنَ ما يقولُهُ الآخَرُ، فيأخُذُها الشَّفيعُ بذلك، وإنْ حَلَفا يَفسَخُ القاضي البيعَ على ما عُرِفَ، ويَأخُذُها الشَّفيعُ بِقَولِ البائعِ، وإنْ كانَ قَبَضَ الثَّمَنَ أخَذَ بِما قال المُشتري إنْ شاءَ ولم يَلتَفِتْ إلى قَولِ البائعِ.

غيرُ مُلزِمةٍ، والبيِّناتُ للإلزام.

قال: (وإذا ادَّعى المُشترِي ثَمَناً، وادَّعى البائعُ أقَلَّ منه ولم يَقبِضِ الثَّمنَ، أخَذَها الشَّفيعُ بما قالَهُ البائعُ، وكان ذلك حَطّاً عن المُشترِي)؛ وهذا لأنَّ الأمرَ إنْ كان على ما قال البائعُ فقد وَجبتِ الشُّفعةُ به، وإن كان على ما قال المشتري فقد حطَّ البائعُ بعضَ الثَّمنِ، وهذا الحطُّ يَظهَرُ في حقِّ الشَّفيعِ على ما نُبيِّنُ إن شاء الله تعالى، ولأنَّ التَّملُّكَ على البائع بإيجابِهِ، فكان القولُ قولَهُ في مِقدارِ الثَّمن ما بقيت مُطالبَتُهُ، فيأخذُ الشَّفيعُ بقوله.

قال: (ولوِ ادَّعى البائعُ الأكثَرَ يَتَحالَفانِ ويَترادَّانِ، وأيُّهما نَكَلَ ظَهَرَ أنَّ الثَّمنَ ما يقولُهُ الآخَرُ، فيأخُذُها الشَّفيعُ بذلك، وإنْ حَلَفا يَفسَخُ القاضي البيعَ على ما عُرِفَ، ويَأخُذُها الشَّفيعُ بِقَولِ البائعِ)؛ لأنَّ فسخَ البيعِ لا يُوجِبُ بُطلانَ حقِّ الشَّفيعِ.

قال: (وإنْ كانَ قَبَضَ الثَّمَنَ أخَذَ بِما قال المُشتري إنْ شاءَ ولم يَلتَفِتْ إلى قَولِ البائعِ)؛ لأنَّه لمَّا استوفى الثَّمنَ انتهى حكمُ العقدِ، وخرَجَ هو من البَينِ، وصار هو كالأجنبيِّ، وبقي الاختلافُ بين المشتري والشَّفيع، وقد بيَّنَّاه.

ولو كان نَقْدُ الثَّمنِ غيرَ ظاهرٍ[1] فقال البائعُ: «بِعتُ الدَّارَ بألفٍ، وقبضتُ الثَّمنَ» يأخُذُها الشَّفيعُ بألفٍ؛ لأنَّه لمَّا بدأ بالإقرارِ بالبيعِ تعلَّقَتِ الشُّفعةُ به، فَبِقولِهِ بعد

---

(١) أي: غيرُ معلوم للشَّفيع.

ذلك[1]: «قبضتُ الثَّمن» يريدُ إسقاطَ حقِّ الشَّفيعِ، فَيُردُّ عليه.

ولو قال: «قبضتُّ الثَّمَنَ، وهو ألفٌ» لم يُلتَفَتْ إلى قولِهِ؛ لأنَّ بالأوَّلِ - وهو الإقرارُ بِقَبضِ الثَّمَنِ - خَرَجَ من البَينِ وسَقَطَ اعتبارُ قولِهِ في مقدارِ الثَّمنِ.

(١) أي: فَبِقول البائعِ بعد الإقرار بالبيع.

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

وإذا حَطَّ البائعُ عَنِ المُشتري بَعْضَ الثَّمَنِ يَسقُطُ ذلك عن الشَّفيعِ، وإنْ حَطَّ جميعَ الثَّمَنِ لم يَسقُطْ عن الشَّفيعِ. وإنْ زادَ المُشتري لِلبائعِ لم تَلزَمِ الزِّيادةُ في حَقِّ الشَّفيعِ. ومَنِ اشتَرَى داراً بِعَرَضٍ أخَذَها الشَّفيعُ بِقِيمَتِهِ، وإنِ اشتَرَاها بِمَكيلٍ أو مَوزُونٍ أخَذَها بِمِثلِهِ. وإنْ باعَ عَقاراً بِعَقارٍ أخَذَ الشَّفيعُ كلَّ واحدٍ منهما بِقِيمَةِ الآخَرِ. ....

(فصل فيما يؤخذ به المشفوع)

قال: (وإذا حَطَّ البائعُ عَنِ المُشتري بَعْضَ الثَّمَنِ يَسقُطُ ذلك عن الشَّفيعِ، وإنْ حَطَّ جميعَ الثَّمَنِ لم يَسقُطْ عن الشَّفيعِ)؛ لأنَّ حطَّ البعضِ يَلتحِقُ بأصلِ العَقدِ فَيَظهَرُ في حقِّ الشَّفيعِ؛ لأنَّ الثَّمنَ ما بَقِيَ، وكذا إذا حَطَّ بعدما أخَذَها الشَّفيعُ بالثَّمنِ يَحُطُّ عن الشَّفيعِ، حتَّى يرجعُ عليه بذلك القَدْرِ، بخلافِ حَطِّ الكلِّ؛ لأنَّه لا يَلتحِقُ بأصلِ العقدِ بحالٍ، وقد بيَّنَّاه في البيوع.

(وإنْ زادَ المُشتري لِلبائعِ لم تَلزَمِ الزِّيادةُ في حَقِّ الشَّفيعِ)؛ لأنَّ في اعتبار الزِّيادةِ ضَرَراً بالشَّفيع لاستحقاقِهِ الأخذَ بما دونها. بخلاف الحَطِّ؛ لأنَّ فيه مَنفَعَةً له، ونظيرُ الزِّيادةِ إذا جدَّدَ العقدَ بأكثَرَ من الثَّمنِ الأوَّلِ لم يُلزَمِ الشَّفيعُ، حتَّى كان له أن يأخُذَها بالثَّمَنِ الأوَّلِ لِما بيَّنَّا، كذا هذا.

قال: (ومَنِ اشتَرَى داراً بِعَرَضٍ أخَذَها الشَّفيعُ بِقِيمَتِهِ)؛ لأنَّه من ذوات القيم، (وإنِ اشتَرَاها بِمَكيلٍ أو مَوزُونٍ أخَذَها بِمِثلِهِ)؛ لأنَّهما من ذواتِ الأمثال. وهذا لأنَّ الشَّرعَ أثبتَ لِلشَّفيعِ وِلايةَ التَّملُّكِ على المشتري بِمِثْلِ ما تَمَلَّكه، فَيُراعَى بالقَدْرِ المُمكِنِ كما في الإتلاف، والعَدديُّ المُتقارِبُ من ذواتِ الأمثال.

(وإنْ باعَ عَقاراً بِعَقارٍ أخَذَ الشَّفيعُ كلَّ واحدٍ منهما بِقِيمَةِ الآخَرِ)؛ لأنَّه بدلُهُ، وهو من ذواتِ القِيَمِ، فيأخُذُهُ بقيمَتِهِ.

وإذا باعَ بِثَمَنٍ مُؤجَّلٍ فَلِلشَّفيعِ الخِيارُ: إنْ شاءَ أخَذَها بِثَمنٍ حالٍّ، وإن شاءَ صَبَرَ حتَّى يَنقضِيَ الأجلُ ثمَّ يَأخُذُها، وليس له أنْ يَأخُذَها في الحالِ بثَمَنٍ مُؤجَّلٍ. ....

قال: (وإذا باعَ بِثَمَنٍ مُؤجَّلٍ فَلِلشَّفيعِ الخِيارُ: إنْ شاءَ أخَذَها بِثَمنٍ حالٍّ، وإن شاءَ صَبَرَ حتَّى يَنقضِيَ الأجلُ ثمَّ يَأخُذُها، وليس له أنْ يَأخُذَها في الحالِ بثَمَنٍ مُؤجَّلٍ).

وقال زفر: له ذلك، وهو قولُ الشَّافعيِّ في القديم؛ لأنَّ كونَهُ مؤجَّلاً وَصْفٌ في الثَّمنِ كالزِّيافة والأخذِ بالشُّفعة به، فيأخُذُه بأصلِهِ ووَصْفِهِ كما في الزُّيوف.

ولنا: أنَّ الأجَلَ إنَّما يَثبُتُ بالشَّرطِ، ولا شَرْطَ فيما بينَ الشَّفيعِ والبائع أو المُبتاع، وليس الرِّضا به في حقِّ المُشتري رِضاً به في حقِّ الشَّفيعِ؛ لِتَفاوتِ النَّاسِ في المَلاءَةِ، وليس الأجلُ وَصْفَ الثَّمنِ؛ لأنَّه حقُّ المُشتري، ولو كان وَصْفاً له لَتَبِعَهُ فيكونُ حقّاً للبائع كالثَّمن، وصارَ كما إذا اشترى شيئاً بِثَمنٍ مُؤجَّلٍ ثمَّ وَلَّاهُ غيرَهُ، لا يَثبُتُ الأجلُ إلَّا بالذِّكرِ، كذا هذا.

ثمَّ إنَّ أخَذَها بثمنٍ حالٍّ من البائعِ سَقَطَ الثَّمنُ عن المشتري لِما بيَّنَّا من قبلُ، وإنْ أخَذَها من المشتري رَجَعَ البائعُ على المشتري بِثَمَنٍ مُؤجَّلٍ كما كان؛ لأنَّ الشَّرطَ الذي جرى بينهما لم يَبطُلْ بأخذِ الشَّفيعِ، فبقي مُوجَبُه، فصار كما إذا باعَهُ بِثَمَنٍ حالٍّ وقد اشتراه مُؤجَّلاً، وإنِ اختارَ الانتظارَ[1] له ذلك؛ لأنَّ له أن لا يَلتزِمَ زيادةَ الضَّررِ من حيثُ النَّقديَّةُ.

وقولُهُ في الكتاب: «وإنْ شاءَ صَبَرَ حتَّى يَنقَضِيَ الأجلُ» مُرادُهُ الصَّبرُ عن الأخذِ، أمَّا الطَّلبُ عليه في الحال، حتَّى لو سَكَتَ عنه بَطَلَت شُفعتُهُ عند أبي حنيفة ومحمد، خلافاً لقول أبي يوسف الآخر؛ لأنَّ حقَّ الشُّفعةِ إنَّما يَثبُتُ بالبيع، والأخذُ يتراخَى عن الطَّلبِ، وهو مُتمكِّنٌ من الأخذِ في الحال بأن يُؤدِّي الثَّمنَ حالاً، فَيُشتَرَطُ الطَّلبُ عندَ العلمِ بالبيع.

---

(١) أي: إن اختارَ الشَّفيعُ الانتظارَ إلى انقضاءِ الأجل له ذلك.

وإنِ اشتَرَى ذِمِّيٌّ بِخَمرٍ أو خنزيرٍ داراً وشَفيعُها ذِمِّيٌّ، أخَذَها بِمِثلِ الخَمرِ وقِيمَةِ الخِنزيرِ، وإنْ كانَ شَفِيعُها مُسلِماً أخَذَها بِقِيمَةِ الخَمرِ والخِنزيرِ.

فصل

وإذا بَنَى المُشتري فيها أو غَرَسَ، ثمَّ قُضِي لِلشَّفيعِ بالشُّفعةِ، فهو بالخيار: إنْ شاءَ أخَذَها بالثَّمَنِ وقيمةِ البناءِ والغَرْسِ، وإنْ شاءَ كَلَّفَ المُشتري قَلْعَهُ. ....

قال: (وإنِ اشتَرَى ذِمِّيٌّ بِخَمرٍ أو خنزيرٍ داراً وشَفيعُها ذِمِّيٌّ، أخَذَها بِمِثلِ الخَمرِ وقِيمَةِ الخِنزيرِ)؛ لأنَّ هذا البيعَ مَقضِيٌّ بالصِّحَّةِ فيما بينهم، وحَقُّ الشُّفعةِ يَعُمُّ المُسلمَ والذِّمِّيَّ، والخمرُ لهم كالخَلِّ لنا، والخنزيرُ كالشَّاة، فيأخذُ في الأوَّل بالمِثْلِ، والثَّاني بالقيمة.

قال: (وإنْ كانَ شَفِيعُها مُسلِماً أخَذَها بِقِيمَةِ الخَمرِ والخِنزيرِ)، أمَّا الخنزيرُ فظاهرٌ[1]، وكذا الخمرُ لامتناعِ التَّسلُّمِ والتَّسليمِ في حقِّ المُسلِمِ، فالتَحقَ بغيرِ المِثليِّ.

وإنْ كان شفيعُها مُسلِماً وذِمِّيّاً، أخَذَ المُسلِمُ نِصفَها بنصفِ قيمةِ الخَمرِ، والذِّمِّيُّ نِصفَها بنصفِ مِثلِ الخَمرِ، اعتباراً للبعض بالكلِّ، فلو أسلَمَ الذِّمِّيُّ أخذَها بنصفِ قيمةِ الخمرِ؛ لِعَجزِهِ عن تَمليكِ الخَمرِ، وبالإسلام يَتأكَّدُ حقُّه لا أن يَبطُلَ، فصار كما إذا اشتراها بِكُرٍّ من رُطَبٍ، فحَضَرَ الشَّفيعُ بعدَ انقطاعِهِ يأخذُها بقيمةِ الرُّطبِ، كذا هذا.

(فصل)

قال: (وإذا بَنَى المُشتري فيها أو غَرَسَ، ثمَّ قُضِي لِلشَّفيعِ بالشُّفعةِ، فهو بالخيار: إنْ شاءَ أخَذَها بالثَّمَنِ وقيمةِ البناءِ والغَرْسِ، وإنْ شاءَ كَلَّفَ المُشتري قَلْعَهُ).

---

(١) يعني: لكونه من ذوات القيم. عناية.

وعن أبي يوسف: أنَّه لا يُكلَّفُ القَلْعَ، ويُخيَّرُ بين أن يأخذَها بالثَّمنِ وقيمةِ البناءِ والغَرْسِ، وبين أن يَترُكَ، وبه قال الشَّافعيُّ[1]، إلَّا أنَّ عنده له أن يَقْلَعَ ويُعطيَ قيمةَ البناءِ.

لأبي يوسف: أنَّه مُحِقٌّ في البناءِ؛ لأنَّه بَناهُ على أنَّ الدَّارَ مِلكُهُ، والتَّكليفُ بالقَلعِ من أحكامِ العُدوانِ، وصار كالمَوهوبِ له[2]، والمشتري شراءً فاسداً[3]، وكما إذا زرع المشتري فإنَّه لا يُكلَّفُ القلعَ، وهذا[4] لأنَّ في إيجابِ الأخذِ بالقيمةِ دَفْعَ أعلى الضَّررينِ بِتَحمُّلِ الأدنى، فَيُصار إليه.

ووجهُ ظاهر الرِّواية: أنَّه بنى في محلٍّ تعلَّقَ به حقٌّ متأكِّدٌ للغير، من غيرِ تَسليطٍ من جهةِ مَنْ له الحَقُّ فَيُنقَضُ، كالرَّاهن إذا بَنَى في المرهون، وهذا[5] لأنَّ حقَّه[6] أقوى من حقِّ المشتري؛ لأنَّه يتقدَّمُ عليه، ولهذا[7] يُنقَضُ بيعُهُ وهبتُهُ وغيرُهُ من تَصرُّفاتِهِ.

بخلافِ الهبةِ والشِّراءِ الفاسِدِ[8] عند أبي حنيفة، لأنَّه حصَلَ بتسليطٍ من جهةِ مَن له الحَقُّ، ولأنَّ حقَّ الاستردادِ فيهما[9] ضعيفٌ، ولهذا لا يبقى بعد البناء،

---

(١) انظر الشرح الكبير للرافعي (١١/ ٤٦٥)، وروضة الطالبين (٥/ ٩٤) ط المكتب الإسلامي.

(٢) فإنَّه إذا بنى ليس للواهب أن يُكلِّفَه القَلْعَ ويَرجِعَ في الأرض. عناية.

(٣) أي: صار كالمشتري شراء فاسداً إذا بنى أو غرس فيه، انقطع حقُّ البائع ويأخذُ من المشتري قيمةَ الأرضِ وقتَ القَبضِ، وليس له أن يكلِّفَه قلعَ الأشجار والبناء. وعلى قولهما يستردُّ المبيعَ ويقلعُ البناء والأشجار، فكذا المشتري إذا بنى في المشفوع، ليس للشَّفيع أن يقلع ذلك قياساً على قول أبي حنيفة. بناية.

(٤) أي: ما قلنا من عدمِ إيجابِ القلعِ ووجوب قيمةِ البناء والغرس. بناية.

(٥) أي: نقضُ البناء

(٦) أي: حقُّ الشَّفيع.

(٧) أي: ولتقدُّمِهِ عليه، وكونِ حقِّ الشَّفيعِ أقوى من حقِّ المشتري.

(٨) هذا جوابٌ عن قياس أبي يوسف على الموهوب وعلى الشِّراء الفاسد.

(٩) أي: في الهبة والبيع الفاسد.

ولو أخَذَها الشَّفيعُ فَبَنَى فيها أو غَرَسَ، ثمَّ استُحِقَّتْ رَجَعَ بالثَّمَنِ، وإذا انهَدَمتِ الدَّارُ، أو احتَرَقَ بِناؤها، أو جَفَّ شَجَرُ البُستانِ بغيرِ فِعْلِ أحدٍ، فالشَّفيعُ بالخيارِ:

وهذا الحقُّ[١] يبقى، فلا معنى لإيجابِ القيمةِ[٢] كما في الاستحقاق، والزَّرعُ يُقلَعُ قياساً. وإنَّما لا يُقلَعُ استحساناً لأنَّ له نهايةً معلومةً، ويبقى بالأجر، وليس فيه كثيرُ ضررٍ.

وإنْ أخَذَه بالقيمةِ يُعتَبَرُ قيمتُهُ مَقلُوعاً، كما بيَّنَّاه في الغصب.

(ولو أخَذَها الشَّفيعُ فَبَنَى فيها أو غَرَسَ، ثمَّ استُحِقَّتْ رَجَعَ بالثَّمَنِ[٣])؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّه أخَذَه بغيرِ حقٍّ، ولا يرجعُ بقيمةِ البناءِ والغَرسِ، لا على البائعِ إنْ أخَذَها منه، ولا على المشتري إنْ أخَذَها منه.

وعن أبي يوسف: أنَّه يرجعُ؛ لأنَّه مُتملِّكٌ عليه[٤] فَنزِّلا[٥] منزلةَ البائعِ والمشتري[٦].

والفرقُ على ما هو المَشهورُ: أنَّ المشتري مَغرورٌ من جهةِ البائعِ ومُسلَّطٌ عليه من جهته، ولا غُرورَ ولا تسليطَ في حقِّ الشَّفيع من المشتري؛ لأنَّه مَجبورٌ عليه.

قال: (وإذا انهَدَمتِ الدَّارُ، أو احتَرَقَ بِناؤها، أو جَفَّ شَجَرُ البُستانِ بغيرِ فِعْلِ أحدٍ، فالشَّفيعُ بالخيارِ):

---

(١) أي: حقُّ الشَّفيع.

(٢) راجعٌ إلى أوَّل الكلام: يعني: إذا ثبت التَّكليفُ بالقَلعِ فلا معنى لإيجاب القيمةِ على الشَّفيع؛ لأنَّ الشَّفيعَ بمنزلةِ المُستحِقِّ، والمشتري إذا بنى أو غرَسَ ثمَّ استُحِقَ رَجَع المشتري بالثَّمن وقيمةِ البناءِ والغرسِ على البائع، دونَ المستحِقِّ، فكذلك هاهنا. عناية.

(٣) لا غير، أخَذَه من البائع أو المشتري. عناية.

(٤) أي: على المشتري.

(٥) أي: الشَّفيع والمشتري.

(٦) ثمَّ المشتري في صورةِ الاستحقاقِ يرجعُ على البائعِ بالثَّمنِ وقيمةِ البناءِ، فكذلك الشَّفيع.

إنْ شاءَ أخَذَها بِجَميعِ الثَّمَنِ، وإنْ شاءَ تَرَكَ. وإنْ نَقَضَ المُشتري البناءَ، قيل لِلشَّفيعِ: إنْ شِئتَ فَخُذِ العَرَصَةَ بِحِصَّتِها، وإنْ شِئتَ فَدَعْ، وليس للشَّفيعِ أن يَأخُذَ النِّقضَ. ومَنِ ابتاعَ أرضاً وعلى نَخلِها ثَمرٌ أخَذَها الشَّفيعُ بِثَمَرِها، وكذلكَ إنِ ابتاعَها وليس في النَّخيلِ ثَمرٌ فأثمَرَ في يَدِ المُشتري، ....

- (إنْ شاءَ أخَذَها بِجَميعِ الثَّمَنِ)؛ لأنَّ البناءَ والغَرْسَ تابعٌ، حتَّى دخلا في البيعِ من غيرِ ذِكْرٍ، فلا يُقابِلُهما شيءٌ من الثَّمن ما لم يَصِرْ مقصوداً، ولهذا جاز بَيعُها مرابحةً بكلِّ الثَّمن في هذه الصُّورة، بخلاف ما إذا غَرِقَ نصفُ الأرضِ حيثُ يأخذُ الباقي بِحِصَّتِه؛ لأنَّ الفائتَ بعضُ الأصلِ.

- قال: (وإنْ شاءَ تَرَكَ)؛ لأنَّ له أن يَمتنِعَ عن تَملُّكِ الدَّارِ بمالِهِ.

قال: (وإنْ نَقَضَ المُشتري البناءَ، قيل لِلشَّفيعِ: إنْ شِئتَ فَخُذِ العَرَصَةَ بِحِصَّتِها، وإنْ شِئتَ فَدَعْ)؛ لأنَّه صار مَقصوداً بالإتلافِ، فَيُقابِلُه شيءٌ من الثَّمن، بخلاف الأوَّل؛ لأنَّ الهلاكَ بآفةٍ سماويَّة، (وليس للشَّفيعِ أن يَأخُذَ النِّقضَ)؛ لأنَّه صارَ مفصولاً، فلم يَبقَ تبعاً.

قال: (ومَنِ ابتاعَ أرضاً وعلى نَخلِها ثَمرٌ أخَذَها الشَّفيعُ بِثَمَرِها)، ومعناه: إذا ذَكَرَ الثَّمر في البيع؛ لأنَّه لا يدخلُ من غير ذِكْرٍ، وهذا الذي ذكَرَه استحسانٌ، وفي القياس لا يأخُذُهُ لأنَّه ليس بِتَبعٍ، ألا تَرَى أنَّه لا يدخلُ في البيعِ من غيرِ ذِكْرٍ، فأشبَهَ المَتاعَ في الدَّارِ.

وجهُ الاستحسان: أنَّه باعتبارِ الاتِّصالِ صار تَبعاً لِلعَقارِ، كالبناءِ في الدَّار وما كان مركَّباً فيه، فيأخُذُه الشَّفيع.

قال: (وكذلكَ إنِ ابتاعَها وليس في النَّخيلِ ثَمرٌ فأثمَرَ في يَدِ المُشتري) يعني: يأخُذُه الشَّفيعُ؛ لأنَّه مبيعٌ تَبعاً؛ لأنَّ البيعَ سَرَى إليه على ما عُرِف في وَلَدِ المَبيعِ[1].

---

(١) يعني: أنَّ الجاريةَ المَبيعةَ إذا وَلَدَت ولداً قبلَ قَبضِ المشتري، يَسرِي حُكمُ البيعِ إلى الولدِ، حتَّى يكونُ الولدُ مِلكَ المُشتري كالأمِّ. عناية.

فإنْ جَذَّهُ المُشتري، ثمَّ جاءَ الشَّفيعُ، لا يأخذُ الثَّمرَ في الفَصلَينِ جميعاً، وإنْ جَذَّهُ المُشتري سَقَطَ عن الشَّفيعِ حِصَّتُهُ، وهذا جوابُ الفَصلِ الأوَّلِ، أمَّا في الفَصلِ الثَّاني يَأخُذُ ما سِوَى الثَّمرِ بِجَميعِ الثَّمنِ.

قال: (**فإنْ جَذَّهُ المُشتري، ثمَّ جاءَ الشَّفيعُ، لا يأخذُ الثَّمرَ في الفَصلَينِ جميعاً**[1])؛ لأنَّه لم يَبقَ تَبعاً للعقارِ وقتَ الأخذِ حيث صارَ مَفصولاً عنه، فلا يأخذُهُ.

قال في الكتاب: (**وإنْ جَذَّهُ المُشتري سَقَطَ عن الشَّفيعِ حِصَّتُهُ**)، قال رضي الله عنه: (**وهذا جوابُ الفَصلِ الأوَّلِ**)؛ لأنَّه دخل في البيع مَقصوداً، فيُقابِلُه شيءٌ من الثَّمن، (**أمَّا في الفَصلِ الثَّاني يَأخُذُ ما سِوَى الثَّمرِ بِجَميعِ الثَّمنِ**)؛ لأنَّ الثَّمرَ لم يكن موجوداً عند العقدِ، فلا يكون مَبِيعاً إلَّا تبعاً، فلا يُقابِلُه شيءٌ من الثَّمن، والله أعلم.

---

(١) يريد به: ما إذا كان في النَّخل ثمرٌ وقتَ الشِّراء ثمَّ جذَّه المشتري، وما إذا لم يكن ثمرٌ ثمَّ أثمَرَ. عناية.

باب ما تَجِبُ فيه الشُّفعةُ وما لا تَجِبُ

الشُّفعةُ واجِبةٌ في العَقارِ وإنْ كان مِمَّا لا يُقسَمُ. ولا شُفعَةَ في العُرُوضِ والسُّفُنِ.

(باب ما تَجِبُ فيه الشُّفعةُ وما لا تَجِبُ)

قال: (الشُّفعةُ واجِبةٌ[1] في العَقارِ وإنْ كان مِمَّا لا يُقسَمُ)، وقال الشَّافعيُّ[2]: لا شُفعَةَ فيما لا يُقسَمُ؛ لأنَّ الشُّفعةَ إنَّما وَجَبَت دَفعاً لِمُؤنةِ القِسمَةِ، وهذا لا يَتحقَّقُ فيما لا يُقسَمُ.

ولنا: قوله ﷺ: «الشُّفعةُ في كلِّ شيءٍ، عَقارٍ أو رَبْعٍ[3]»[4]، إلى غير ذلك من العُمُوماتِ، ولأنَّ الشُّفعةَ سَبَبُها الاتِّصالُ في المِلكِ، والحِكمَةُ دَفعُ ضَرَرِ سُوءِ الجِوارِ على ما مَرَّ، وأنَّه يَنتظِمُ القسمين، ما يُقسَمُ وما لا يُقسَمُ، وهو الحَمَّامُ والرَّحى والبِئرُ والطَّريقُ.

قال: (ولا شُفعَةَ في العُرُوضِ والسُّفُنِ)؛ لقوله ﷺ: «لا شُفعَةَ إلَّا في رَبْعٍ أو حائطٍ»[5]، وهو حُجَّةٌ على مالكٍ في إيجابِها في السُّفُن، ولأنَّ الشُّفعةَ إنَّما وَجَبَت لِدَفعِ ضَرَرِ سوءِ الجوارِ على الدَّوامِ، والمِلكُ في المَنقولِ لا يَدومُ حَسْبَ دوامِهِ في العقار، فلا يُلحَقُ به.

وفي بعضِ نُسَخِ المُختَصَر «ولا شُفعَةَ في البناءِ والنَّخل إذا بِيعَتْ دونَ العَرَصةِ»

---

(١) المرادُ بالوجوبِ الثُّبوتُ، لا الوجوبُ الذي يكونُ تاركُهُ آثماً. بناية.

(٢) انظر مغني المحتاج (٢/ ٤٠١-٤٠٢)، وروضة الطالبين (٥/ ٦٩) ط المكتب الإسلامي.

(٣) «الرَّبع» الدَّارُ. عناية.

(٤) قال الزيلعي (٤/ ١٧٧): روى إسحاقُ بنُ راهويه في مسنده عن ابن عبَّاس عن رسول الله ﷺ قال: «الشَّريكُ شفيعٌ، والشُّفعةُ في كلِّ شيءٍ»، وروى الطَّحاويُّ في تهذيب الآثار عن ابن عباس قال: قَضَى رسولُ الله ﷺ بالشُّفعةِ في كلِّ شيءٍ». اهـ.

(٥) قال الزيلعي (٤/ ١٧٨): رواه البزَّار في مسنده عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا شُفعَةَ إلَّا في رَبْعٍ أو حائطٍ، ولا ينبغي له أن يَبيعَ حتَّى يَستأمِرَ صاحِبَهُ، فإن شاءَ أَخَذَ، وإنْ شاءَ تَرَكَ».

والمُسلِمُ والذِّمِّيُّ في الشُّفعةِ سَواءٌ. وإذا مَلَكَ العَقارَ بِعِوَضٍ هو مالٌ وَجَبَتْ فيه الشُّفعةُ. ولا شُفعَةَ في الدَّارِ التي يَتزَوَّجُ الرَّجلُ عليها، أو يُخالِعُ المَرأةَ بها، أو يَستأجِرُ بها داراً أو غيرَها، أو يُصالِحُ بها عن دَمِ عَمْدٍ، أو يَعتِقُ عليها عبداً،

وهو صحيحٌ مذكورٌ في الأصل؛ لأنَّه لا قرارَ له فكان نقليّاً، وهذا بخلافِ العُلْوِ حيثُ يُستحَقُّ بالشُّفعةِ[١]، ويُستحَقُّ به الشُّفعةُ في السُّفلِ إذا لم يكن طريقُ العُلْوِ فيه، لأنَّه بما له من حقِّ القرارِ التَحق بالعقار.

قال: (والمُسلِمُ والذِّمِّيُّ في الشُّفعةِ سَواءٌ)؛ لِلعُموماتِ، ولأنَّهما يَستويانِ في السَّببِ والحكمةِ، فَيَستويانِ في الاستحقاقِ، ولهذا يستوي فيه الذَّكرُ والأنثى، والصَّغيرُ والكبيرُ، والباغي والعادلُ، والحُرُّ والعبدُ إذا كان مأذوناً أو مُكاتباً.

قال: (وإذا مَلَكَ العَقارَ بِعِوَضٍ هو مالٌ وَجَبَتْ فيه الشُّفعةُ)؛ لأنَّه أمكَنَ مراعاةُ شَرطِ الشَّرعِ فيه، وهو التَّمَلُّكُ بِمِثلِ ما تَملَّكَ به المشتري صورةً أو قيمةً، على ما مَرَّ[٢].

قال: (ولا شُفعَةَ في الدَّارِ التي يَتزَوَّجُ الرَّجلُ عليها، أو يُخالِعُ المَرأةَ بها، أو يَستأجِرُ بها داراً أو غيرَها[٣]، أو يُصالِحُ بها عن دَمِ عَمْدٍ، أو يَعتِقُ عليها عبداً)؛ لأنَّ الشُّفعةَ عندنا إنَّما تجبُ في مُبادلةِ المالِ بالمالِ لِما بيَّنَّا[٤]، وهذه الأعواضُ ليست بأموالٍ، فإيجابُ الشُّفعةِ فيها خلافُ المَشروعِ، وقَلبُ الموضوعِ.

---

(١) أي: صاحبُ السُّفلِ يأخذُهُ بالشُّفعةِ.

(٢) أي: في فصل ما يؤخذُ به المشفوعُ، قوله: «ومن اشترى داراً بعَرَضٍ أخذها الشفيع ...» انظر ص (٩٦).

(٣) أي: بأن يجعلَ الدَّارَ أجرةً للدَّار المُستأجَرةِ، أو يستأجرُ بها غيرَ الدَّار، بأن جعَلَها أجرة لحانوتٍ أو عبدٍ. بناية.

(٤) أي: قبل أسطر في قوله: «لأنَّه أمكَنَ مراعاةُ شَرطِ الشَّرعِ فيه ...».

وعند الشَّافعيِّ: تجبُ فيها الشُّفعةُ؛ لأنَّ هذه الأعواضَ مُتقوِّمةٌ عنده، فأمكَنَ الأخذُ بِقيمَتِها إن تَعذَّرَ بِمثلِها، كما في البيع بالعَرَضِ، بخلاف الهبةِ؛ لأنَّه لا عِوَضَ فيها رأساً.

وقولُهُ يَتأتَّى[١] فيما إذا جَعَلَ شِقْصاً من دارٍ مهراً، أو ما يُضاهيه[٢]؛ لأنَّه لا شُفعةَ عنده إلَّا فيه.

ونحن نقولُ[٣]: إنَّ تَقوُّمَ مَنافعِ البُضعِ في النِّكاحِ وغَيرِها بِعَقدِ الإجارةِ ضَروريٌّ، فلا يظهرُ في حقِّ الشُّفعةِ، وكذا الدَّمُ والعِتقُ غيرُ مُتقوِّمٍ؛ لأنَّ القيمةَ ما يَقُومُ مَقامَ غيرِهِ في المعنى الخاصِّ المَطلوبِ، ولا يَتحقَّقُ فيهما[٤]، وعلى هذا إذا تَزوَّجَها بِغَيرِ مهرٍ، ثمَّ فَرضَ لها الدَّارَ مهراً؛ لأنَّه بمنزلةِ المَفروضِ في العقدِ في كَونِهِ مُقابَلاً بالبُضعِ، بخلاف ما إذا باعها[٥] بِمَهرِ المِثلِ أو بالمُسمَّى؛ لأنَّه مبادلةُ مالٍ بمالٍ.

ولو تَزوَّجها على دارٍ على أن تَرُدَّ عليه ألفاً، فلا شُفعةَ في جميعِ الدَّارِ عند أبي حنيفة، وقالا: تجبُ في حِصَّةِ الألفِ؛ لأنَّه مُبادلةٌ ماليَّةٌ في حقِّه[٦].

وهو يقول: معنى البيعِ فيه تابعٌ، ولهذا يَنعقِدُ بلفظِ النِّكاحِ، ولا يَفسُدُ بِشَرطِ النِّكاح فيه[٧]، ولا شُفعَةَ في الأصلِ، فكذا في التَّبع. ولأنَّ الشُّفعةَ شُرِعَت في المُبادلةِ الماليَّةِ المَقصودةِ، حتَّى أنَّ المُضارِبَ إذا باعَ داراً وفيها رِبحٌ، لا يَستحِقُّ ربُّ المالِ الشُّفعةَ في حِصَّةِ الرِّبحِ؛ لكونِهِ تابعاً فيه.

---

(١) أي: قولُ الشافعيِّ يتحقَّقُ فيما ... إلخ.

(٢) أي: ما يُشابِهُ المهرَ، كبَدَلِ الخُلعِ والأجرة. عناية.

(٣) أي: في الجوابِ عن جَعلِهِ هذه الأعواضَ مُتقوِّمةً.

(٤) أي: لا يتحقَّقُ المعنى الخاصُّ المطلوبُ في الدَّمِ والعِتقِ.

(٥) أي: بخلاف ما إذا باع الدَّارَ بمهرِ المِثْل.

(٦) أي: في حقِّ ما يخصُّ الألف.

(٧) أي: ولو كان البيعُ أصلاً يَفسُدُ، كما لو قال: بِعتُ منكِ هذه الدَّارَ بألفٍ على أن تُزوِّجيني نفسَك. عناية.

أو يُصالِحُ عليها بإنكارٍ، فإنْ صالَحَ عليها بإقرارٍ وَجَبَتِ الشُّفعةُ. ولا شُفعَةَ في هبةٍ إلَّا أنْ تكونَ بِعِوَضٍ مَشروطٍ. ومَنْ باعَ بِشَرطِ الخيارِ فلا شُفعَةَ لِلشَّفيعِ، ....

قال: (أو يُصالِحُ عليها بإنكارٍ، فإنْ صالَحَ عليها بإقرارٍ وَجَبَتِ الشُّفعةُ).

قال رضي الله عنه: هكذا ذُكِرَ في أكثرِ نُسخِ المُختَصَر، والصَّحيحُ «أو يصالحُ عنها بإنكار» مكانَ قوله: «أو يصالح عليها»؛ لأنَّه إذا صالَحَ عنها بإنكارٍ بَقِيَتِ الدَّارُ في يده، فهو يَزعُمُ أنَّها لم تَزُلْ عن مِلكِهِ[1]، وكذا إذا صالَحَ عنها بِسُكوتٍ[2]؛ لأنَّه يَحتمِلُ أنَّه بذَلَ المالَ افتداءً لِيَمينِهِ وقَطْعاً لِشَغَبِ خَصمِهِ، كما إذا أنكَرَ صريحاً، بخلافِ ما إذا صالَحَ عنها بإقرارٍ؛ لأنَّه مُعترِفٌ بالمِلكِ لِلمُدَّعي، وإنَّما استفادَهُ[3] بالصُّلحِ، فكان مبادلةً ماليَّةً.

أمَّا إذا صالَحَ عليها بإقرارٍ، أو سكوتٍ، أو إنكارٍ، وجَبَتِ الشُّفعةُ في جميعِ ذلك؛ لأنَّه أخَذَها عِوَضاً عن حقِّهِ في زَعمِهِ إذا لم يكن من جنسِهِ، فَيُعامَلُ بِزَعمِهِ.

قال: (ولا شُفعَةَ في هبةٍ) لِما ذكرنا[4]، (إلَّا أنْ تكونَ بِعِوَضٍ مَشروطٍ)؛ لأنَّه بيعٌ انتهاءً، ولا بدَّ من القَبضِ، وأن لا يكونَ المَوهوبُ ولا عِوَضُهُ شائعاً؛ لأنَّه هِبةٌ ابتداءً، وقد قرَّرناه في كتاب الهبة.

بخلافِ ما إذا لم يكنِ العِوَضُ مشروطاً في العقدِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما هبةٌ مُطلَقَةٌ، إلَّا أنَّه أثيبَ منها، فامتنَعَ الرُّجوعُ.

قال: (ومَنْ باعَ بِشَرطِ الخيارِ فلا شُفعَةَ لِلشَّفيعِ)؛ لأنَّه يَمنَعُ زوالَ المِلكِ عن

(١) يعني: أنَّ المدَّعى عليه يُنكرُ مبادلة المالِ بالمالِ، ويزعمُ أنَّ بقي عليه قديمُ مِلكِهِ، وإنَّما بذل المالَ لدفعِ الخصومةِ. بناية.

(٢) أي: وكذا لا شفعةَ إذا صالحَ عن الدَّار بسكوتٍ.

(٣) أي: استفاد الملك.

(٤) أشار إلى قوله: «بخلاف الهبة؛ لأنَّ لا عوض فيها رأساً». انظر ص (١٠٥).

فإنْ أسقَطَ الخيارَ وَجبتِ الشُّفعةُ. وإنِ اشتَرَى بِشَرْطِ الخيارِ وَجَبَ الشُّفعَةُ. ......

البائع، (**فإنْ أسقطَ الخيارَ وَجبتِ الشُّفعةُ**)؛ لأنَّه زالَ المانعُ عن الزَّوالِ، ويُشتَرَطُ الطَّلَبُ عندَ سُقوطِ الخيارِ في الصَّحيحِ؛ لأنَّ البيعَ يَصيرُ سبباً لزوالِ المِلكِ عند ذلك.

(**وإنِ اشتَرَى بِشَرْطِ الخيارِ وَجَبَ الشُّفعَةُ**)؛ لأنَّه لا يَمنَعُ زوالَ المِلكِ عن البائعِ بالاتِّفاقِ، والشُّفعةُ تُبتَنَى عليه[1] على ما مَرَّ، وإذا أخَذَها[2] في الثَّلاثِ وَجَبَ البيعُ لِعَجزِ المشتري عن الرَّدِّ، ولا خيارَ لِلشَّفيعِ، لأنَّه يَثبُتُ بالشَّرطِ، وهو للمشتري دونَ الشَّفيعِ.

وإنْ بِيعَتْ دارٌ إلى جَنبِها[3] والخيارُ لأحدِهما[4]، فله الأخذُ بالشُّفعةِ، أمَّا للبائعِ فظاهرٌ لبقاءِ مِلكِهِ في التي يَشفَعُ بها، وكذا إذا كان للمشتري. وفيه[5] إشكالٌ أوضحناه في البيوعِ فلا نُعيده، وإذا أخَذَها كان إجازةً منه للبيعِ، بخلافِ ما إذا اشتراها ولم يَرَها، حيثُ لا يَبطُلُ خيارُهُ بأخذِ ما بِيعَ بِجَنبِها بالشُّفعةِ؛ لأنَّ خيارَ الرُّؤيةِ لا يَبطُلُ بصريحِ الإبطالِ، فكيف بدلالتِهِ، ثمَّ إذا حَضَرَ شفيعُ الدَّارِ الأولى، له أن يأخُذَها دونَ الثانيةِ؛ لانعدامِ ملكِهِ في الأولى

(١) أي: على زوالِ المِلك، كما مرَّ في أول بابِ الشُّفعة، انظر ص (٨٤) قوله: «أنَّ الشُّفعةَ إنَّما تَجِبُ إذا رَغِبَ البائعُ عن مِلْكِ الدَّارِ».

(٢) أي: أخذ الشَّفيعُ الدَّارَ في مدَّة الخيار. عناية.

(٣) أي: إلى جنب الدَّار المشفوعة.

(٤) أي: لأحد العاقدين.

(٥) أي: وفي ثبوتِ الخيار للمشتري إشكالٌ، وهو ما ذكَرَه البَلخيُّ من أنَّ أصلَ أبي حنيفة: أنَّ المشتري بخيار الشَّرطِ لا يَملِكُ المبيعَ في مدَّةِ الخيار، والشُّفعةُ لا تُستَحقُّ إلَّا بالمِلك، فكان تناقضاً. عناية وجواب الإشكال: هو أنَّ طلبَ الشُّفعةِ يدلُّ على اختياره الملكَ فيها؛ لأنَّ الشفعة تثبتُ لدفعِ ضرر سوء الجوار، وذلك باستدامة الملك، فيتضمَّنُ طلبُ الشُّفعةِ سقوطَ الخيار سابقاً، فيثبتُ الملك من وقت الشِّراءِ، فيتبيَّنُ أنَّ الجوارَ كان ثابتاً.

وَمَنِ ابتاعَ داراً شِراءً فاسِداً، فلا شُفعَةَ فيها، فإنْ سَقَطَ حَقُّ الفَسخِ وَجَبَتِ الشُّفعةُ.

حينَ بِيعَتِ الثَّانيةُ[1].

قال: (وَمَنِ ابتاعَ داراً شِراءً فاسِداً، فلا شُفعَةَ فيها)، أمَّا قبلَ القَبضِ فَلِعَدمِ زوالِ ملكِ البائعِ، وبعدَ القبضِ لاحتمالِ الفَسخِ، وحقُّ الفَسخِ ثابتٌ بالشَّرعِ لِدَفعِ الفسادِ، وفي إثباتِ حقِّ الشُّفعةِ تقريرُ الفسادِ، فلا يجوزُ[2].

بخلاف ما إذا كان الخيارُ للمشتري في البيعِ الصَّحيحِ؛ لأنَّه[3] صار أخَصَّ به تَصرُّفاً، وفي البيعِ الفاسِدِ ممنوعٌ عنه.

قال: (فإنْ سَقَطَ حَقُّ الفَسخِ[4] وَجَبَتِ الشُّفعةُ) لِزَوالِ المانعِ.

وإنْ بِيعَتْ دارٌ بِجَنبِها[5]، وهي في يَدِ البائعِ بعدُ، فَلَهُ الشُّفعةُ لِبَقاءِ مِلكِهِ، وإنْ سَلَّمَها[6] إلى المُشتري فهو شَفيعُها؛ لأنَّ المِلكَ له، ثمَّ إن سلَّمَ البائعُ قبلَ الحُكمِ بالشُّفعةِ له، بطَلَتْ شفعَتُهُ كما إذا باعَ.

بخلافِ ما إذا سَلَّمَ بعده؛ لأنَّ بقاءَ مِلكِهِ في الدَّارِ التي يَشفَعُ بها بعدَ الحُكمِ بالشُّفعةِ ليس بشرطٍ، فبقيت المأخوذةُ بالشُّفعةِ على مِلكِهِ.

---

(١) يعني: إذا اشترى داراً بشرطِ الخيارِ ولها شفيعٌ، ثمَّ بيعت دارٌ أخرى بجنبها، ثمَّ حضر الشَّفيعُ فله أن يأخذ الأولى بالشُّفعةِ دونَ الثَّانيةِ، لأنَّه إنَّما يكونُ له الشُّفعةُ في الثَّانيةِ بسبب الجوارِ بالدَّار الأولى، ولم يكن له جوارٌ بالدَّار الأولى حين بِيعتِ الثَّانيةُ؛ لأنَّه ما كان يملكُها حينئذٍ، وإنَّما حدث له الجوارُ بعد ذلك. بناية.

(٢) يعني: الأخذُ بالشُّفعة.

(٣) أي: لأنَّ المشتري صار بهذا البيعِ أخصَّ بالتَّصرُّفِ وإن احتمل البيعُ الفسخَ. وإنَّما صار أخصَّ لأنَّ حقَّ الفسخ له دون البائع.

(٤) أي: إن سقَطَ حقُّ الفسخِ في البيع الفاسدِ بالزِّيادةِ في المبيع، كالبناء والغرس عند أبي حنيفة، وبالبيع من آخر بالاتِّفاقِ، ثبتتِ الشُّفعةُ لزوال المانع، وهو حقُّ الفسخ للبائع. عناية بتصرف

(٥) أي: بجنب الدَّار المشتراةِ شراءً فاسداً.

(٦) أي: إن سلَّم البائعُ الدَّارَ المبيعةَ بعقدٍ فاسدٍ إلى المشتري، فالمشتري شَفيعُها لأنَّ الملكَ له. بناية.

وإذا اقتَسَمَ الشُّركاءُ العَقارَ فلا شُفْعَةَ لِجارِهِمْ بالقِسْمَةِ. وإذا اشترى داراً فَسَلَّمَ الشَّفيعُ الشُّفعةَ، ثمَّ رَدَّها المشتري بِخيارِ رُؤيةٍ أو شَرْطٍ أو بِعَيبٍ بِقَضاءِ قاضٍ، فلا شُفعَةَ للشَّفيعِ، وإنْ رَدَّها بِعَيبٍ بِغَيرِ قَضاءٍ، أو تَقايلا البيعَ، فَلِلشَّفيعِ الشُّفعةُ.

وإن استردَّها البائعُ من المشتري قبلَ الحُكمِ بالشُّفعةِ له[1]، بطلتِ لانقطاعِ مِلكِهِ عن التي يَشفَعُ بها قبلَ الحُكمِ بالشُّفعةِ، وإنِ استردَّها بعد الحُكمِ بقيتِ الثَّانيةُ على مِلكِهِ لِما بيَّنَّا[2].

قال: (وإذا اقتَسَمَ الشُّركاءُ العَقارَ فلا شُفْعَةَ لِجارِهِمْ بالقِسْمَةِ)؛ لأنَّ القسمةَ فيها معنى الإفرازِ، ولهذا يجري فيها الجبرُ، والشُّفعةُ ما شُرِعت إلَّا في المبادلةِ المُطلَقَةِ.

قال: (وإذا اشترى داراً فَسَلَّمَ الشَّفيعُ الشُّفعةَ، ثمَّ رَدَّها المشتري بِخيارِ رُؤيةٍ أو شَرْطٍ أو بِعَيبٍ بِقَضاءِ قاضٍ، فلا شُفعَةَ للشَّفيعِ)؛ لأنَّه فسخٌ من كلِّ وجهٍ، فعادَ إلى قديمِ مِلكِهِ، والشُّفعةُ في إنشاءِ العَقدِ، ولا فَرقَ في هذا بينَ القَبضِ وعَدمِه[3].

(وإنْ رَدَّها بِعَيبٍ بِغَيرِ قَضاءٍ، أو تَقايلا البيعَ، فَلِلشَّفيعِ الشُّفعةُ)؛ لأنَّه فَسخٌ في حقِّهما لِولايتِهما على أنفسِهما، وقد قَصَدا الفَسْخَ، وهو بيعٌ جديدٌ في حقِّ ثالثٍ لِوُجودِ حَدِّ البيعِ، وهو مبادَلَةُ المالِ بالمالِ بالتَّراضي، والشَّفيعُ ثالثٌ.

ومُرادُهُ الرَّدُّ بالعَيبِ بعدَ القَبضِ؛ لأنَّ قبلَهُ[4] فَسْخٌ من الأصل وإنْ كان بغير قضاءٍ على ما عُرِفَ.

---

(١) أي: إن استردَّ البائعُ الدارَ المبيعةَ بالبيعِ الفاسدِ من المشتري، قبلَ الحكمِ بالشفعة للمشتري، بطلت شفعةُ المشتري.

(٢) من أنَّ بقاءَ مِلكِهِ في الدَّار التي يَشفَعُ بها بعد الحكم بالشُّفعةِ ليس بشرط. عناية.

(٣) يعني: فيما إذا كان الرَّدُّ بالقضاءِ فلا فرقَ بينَ القَبضِ وعَدَمِه. عناية.

(٤) أي: لأنَّ الرَّدَّ بالعيب قبلَ القبض فسخٌ. بناية.

وفي الجامع الصَّغير: ولا شُفعَةَ في قِسمَةٍ ولا خيارِ رؤيةٍ، وهو بكسرِ الرَّاء، ومعناه: لا شُفعَةَ بسببِ الرَّدِّ بخيارِ الرُّؤيةِ لِما بيَّنَّاه، ولا تصحُّ الرِّوايةُ بالفتح عطفاً على الشُّفعة؛ لأنَّ الرِّوايةَ مَحفُوظةٌ في كتاب القسمةِ أنَّه يَثبُتُ في القسمةِ خيارُ الرُّؤيةِ وخيارُ الشَّرطِ؛ لأنَّهما يَثبُتانِ لِخَلَلٍ في الرِّضا فيما يَتعلَّقُ لُزُومُه بالرِّضا، وهذا المعنى موجودٌ في القسمة، والله سبحانه أعلم.

باب ما يَبطُلُ به الشُّفعة

وإذا تَرَكَ الشَّفيعُ الإشهادَ حِينَ عَلِمَ بالبَيعِ، وهو يَقدِرُ على ذلك، بَطَلَتْ شُفعَتُهُ، وكذلكَ إنْ أشهَدَ في المَجلِسِ ولم يُشهِدْ على أحَدِ المُتَبايِعَينِ، ولا عندَ العقارِ. وإنْ صالَحَ مِنْ شُفعَتِهِ على عِوَضٍ، بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَرَدَّ العِوَضَ.

(باب ما يَبطُلُ به الشُّفعة)

قال: (وإذا تَرَكَ الشَّفيعُ الإشهادَ حِينَ عَلِمَ بالبَيعِ، وهو يَقدِرُ على ذلك، بَطَلَتْ شُفعَتُهُ)؛ لإعراضِهِ عن الطَّلب، وهذا لأنَّ الإعراضَ إنَّما يَتحقَّقُ حالةَ الاختيارِ، وهي عند القدرة.

(وكذلكَ إنْ أشهَدَ في المَجلِسِ ولم يُشهِدْ على أحَدِ المُتَبايِعَينِ، ولا عندَ العقارِ)، وقد أوضحناه فيما تقدَّم[1].

قال: (وإنْ صالَحَ مِنْ شُفعَتِهِ على عِوَضٍ، بَطَلَتْ شُفْعَتُهُ وَرَدَّ العِوَضَ)؛ لأنَّ حقَّ الشُّفعةِ ليس بحقٍ مُتقرِرٍ في المَحلِّ، بل هو مجرَّدُ حقِّ التَّملُّكِ، فلا يصحُّ الاعتياضُ عنه، ولا يَتعلَّقُ إسقاطُهُ بالجائزِ من الشَّرطِ، فَبِالفاسِدِ أولى، فَيبطلُ الشَّرطُ ويصحُّ الإسقاطُ، وكذا لو باعَ شُفعَتَهُ بمالٍ لما بيَّنَّا[2].

بخلاف القِصاصِ لأنَّه حقٌّ مُتقرِّرٌ، وبخلافِ الطَّلاقِ والعِتاقِ؛ لأنَّه اعتياضٌ عن ملكٍ في المَحلِّ.

ونظيرُهُ[3] إذا قال لِلمُخيَّرة: «اختاريني بألف»، أو قال العِنِّينُ لامرأته: «اختاري تَرْكَ الفَسخِ بألفٍ» فاختارتْ، سَقَطَ الخيارُ ولا يَثبُتُ العِوَضُ.

---

(١) انظر باب طلبِ الشُّفعةِ، ص (٨٦).

(٢) أشار به إلى قوله: «حقُّ الشُّفعة مجرَّد التَّملُّك، فلا يصحُّ الاعتياضُ عنه».

(٣) أي: نظيرُ حقِّ الشُّفعة.

وإذا ماتَ الشَّفيعُ بَطَلَتْ شُفعَتُهُ، وإنْ ماتَ المُشتري لم تَبْطُلْ. وإذا باع الشَّفيعُ ما يَشفَعُ به قبلَ أنْ يُقضَى له بالشُّفعَةِ بَطَلَتْ شُفعَتُهُ.

والكفالةُ بالنَّفس في هذا[1] بمنزلةِ الشُّفعةِ في روايةٍ، وفي أخرى: لا تبطلُ الكفالةُ ولا يَجبُ المال، وقيل: هذه روايةٌ في الشُّفعةِ، وقيل: هي في الكفالة خاصَّةً، وقد عُرِف في موضعه.

قال: (وإذا ماتَ الشَّفيعُ بَطَلَتْ شُفعَتُهُ)، وقال الشَّافعيُّ[2]: تُورَثُ عنه.

قال رضي الله عنه: معناه إذا ماتَ بعد البيعِ قبلَ القضاءِ بالشُّفعةِ، أمَّا إذا مات بعدَ قضاءِ القاضي قبلَ نَقدِ الثَّمنِ وقَبضِهِ، فالبيعُ لازمٌ لِوَرثتِهِ، وهذا[3] نظيرُ الاختلافِ في خيارِ الشَّرطِ، وقد مرَّ في البيوع[4]، ولأنَّه بالموتِ يَزولُ مِلكُهُ عن دارِهِ، ويَثبُتُ المِلكُ للوارِثِ بعدَ البيعِ، وقيامُهُ وقتَ البيعِ وبَقاؤُه للشَّفيع إلى وقتِ القضاءِ شرطٌ، فلا يَستوجِبُ الشُّفعةَ بدونِهِ.

(وإنْ ماتَ المُشتري لم تَبطُلْ)؛ لأنَّ المُستحِقَّ باقٍ ولم يتغيَّر سببُ حقِّهِ، ولا يُباعُ في دَينِ المشتري ووصيَّتِهِ، ولو باعَهُ القاضي أو الوصيُّ أو أوصى المشتري فيها بوصيَّةٍ، فللشَّفيعِ أن يُبطِلَه ويأخذَ الدَّارَ لِتَقدُّمِ حقِّه، ولهذا[5] يُنقَضُ تَصرُّفُه في حياته.

قال: (وإذا باع الشَّفيعُ ما يَشفَعُ به قبلَ أنْ يُقضَى له بالشُّفعَةِ بَطَلَتْ شُفعَتُهُ)؛ لزوالِ سببِ الاستحقاقِ قبلَ التَّملُّكِ، وهو الاتِّصالُ بِمِلكِهِ، ولهذا يزولُ به وإنْ لم يعلَمْ بشراءِ المَشفوعةِ، كما إذا سَلَّم صريحاً[6]، أو أبرأَ عن الدَّينِ وهو لا يعلَمُ به،

---

(١) أي: في إسقاطها بِعِوَض.

(٢) انظر الشرح الكبير للرافعي (١١/ ٤٥١)، وروضة الطالبين (٤/ ١٧٢) ط الكتب العلمية.

(٣) أي: الاختلاف بيننا وبين الشَّافعيِّ في هذه المسألة نظير ... إلخ.

(٤) أي: في باب خيار الشَّرط.

(٥) أي: لتقدُّم حقِّ الشَّفيع على حقِّ المشتري.

(٦) أي: كما تسقطُ الشُّفعةُ إذا سلَّمَ الشَّفيعُ الشُّفعةَ صريحاً.

وَوَكيلُ البائعِ إذا باعَ وهو الشَّفيعُ فلا شُفعَةَ له، ووَكيلُ المُشتري إذا ابتاعَ فلَهُ الشُّفعَةُ، وكذلك لو ضَمِنَ الدَّرَكَ عن البائعِ - وهو الشَّفيعُ - فلا شُفعَةَ له. وإذا بَلَغَ الشَّفيعُ أنَّها بِيعَتْ بألفِ دِرهَمٍ فسَلَّمَ، ثمَّ عَلِمَ أنَّها بِيعَتْ بأقَلَّ، أو بِحنطَةٍ أو شَعيرٍ قِيمَتُها ألفٌ أو أكثَرُ، فتَسلِيمُهُ باطلٌ، ولَهُ الشُّفعَةُ. ....

وهذا بخلافِ ما إذا باعَ الشَّفيعُ دارَهُ بِشَرطِ الخيارِ له؛ لأنَّه يَمنَعُ الزَّوالَ[1]، فبقي الاتِّصال.

قال: (ووَكيلُ البائعِ إذا باعَ وهو الشَّفيعُ فلا شُفعَةَ له، ووَكيلُ المُشتري إذا ابتاعَ فلَهُ الشُّفعَةُ)، والأصلُ: أنَّ مَن باع أو بِيعَ لا شُفعةَ له، ومَن اشترى أوِ ابتِيعَ له فَلَهُ الشُّفعةُ؛ لأنَّ الأوَّلَ بأخذِ المَشفوعةِ يَسعَى في نَقضِ ما تَمَّ من جهتِهِ، وهو البيعُ، والمشتري لا يَنقُضُ شِراءَهُ بالأخذِ بالشُّفعةِ؛ لأنَّه مِثلُ الشِّراء.

(وكذلك لو ضَمِنَ الدَّرَكَ عن البائعِ - وهو الشَّفيعُ - فلا شُفعَةَ له)، وكذلك[2] إذا باعَ وشَرَطَ الخيارَ لغيره، فأمضى المَشروطُ له الخيارَ للبيع - وهو الشَّفيع - فلا شُفعةَ له؛ لأنَّ البيعَ تَمَّ بإمضائِهِ، بخلافِ جانبِ المَشروطِ له الخيارَ من جانب المشتري.

قال: (وإذا بَلَغَ الشَّفيعُ أنَّها بِيعَتْ بألفِ دِرهَمٍ فَسَلَّمَ، ثمَّ عَلِمَ أنَّها بِيعَتْ بِأقَلَّ، أو بِحنطَةٍ أو شَعيرٍ قِيمَتُها ألفٌ أو أكثَرُ، فَتَسلِيمُهُ باطلٌ ولَهُ الشُّفعَةُ)؛ لأنَّه إنَّما سلَّم لاستكثارِ الثَّمنِ في الأوَّلِ، ولِتَعذُّرِ الجنسِ الذي بلَغَهُ وتَيَسَّرَ ما بِيعَ به في الثَّاني؛ إذِ الجنسُ مُختلِفٌ، وكذا كُلُّ مَكيلٍ أو مَوزُونٍ أو عَدَديٍّ مُتقارِبٍ.

بخلافِ ما إذا عَلِمَ أنَّها بِيعَتْ بِعَرَضٍ قِيمَتُهُ ألفٌ أو أكثَرُ؛ لأنَّ الواجب فيه القيمةُ، وهي دراهمُ أو دنانيرُ، وإنْ بانَ أنَّها بِيعَتْ بدنانيرَ قِيمَتُها ألفٌ فلا شُفعَةَ له، وكذا إذا كانت أكثَرَ.

---

(١) أي: لأنَّ خيارَ البائعِ يمنعُ زوال ملكِهِ.

(٢) أي: وكذلك لا شُفعةَ إذا باع ... إلخ.

وإذا قيل له: «إنَّ المُشتري فلانٌ» فسَلَّمَ الشُّفعَةَ، ثمَّ عَلِمَ أنَّه غيرُهُ، فله الشُّفعَةُ، ولو عَلِمَ أنَّ المُشتري هو مَعَ غَيرِهِ، فَلَهُ أنْ يأخُذَ نَصيبَ غَيرِهِ. ولو بَلَغَهُ شِراءُ النِّصفِ فسَلَّمَ، ثمَّ ظَهَرَ شِراءُ الجَميعِ، فلَهُ الشُّفعةُ.

فصل

وإذا باعَ داراً إلَّا مِقدارَ ذِراعٍ منها في طُولِ الحَدِّ الذي يلي الشَّفيعَ، فلا شُفْعَةَ له. وإذا ابتاعَ منها سَهْماً بِثَمَنٍ، ثمَّ ابتاعَ بَقِيَّتَها، فالشُّفعةُ لِلجارِ في السَّهمِ الأوَّلِ دُونَ الثَّاني.

وقال زفر: له الشُّفعَةُ؛ لاختلافِ الجنسِ.

ولنا: أنَّ الجِنسَ مُتَّحِدٌ في حقِّ الثَّمنيَّة.

قال: (وإذا قيل له: «إنَّ المُشتري فلانٌ» فسَلَّمَ الشُّفعَةَ، ثمَّ عَلِمَ أنَّه غيرُهُ، فله الشُّفعَةُ)؛ لِتَفاوتِ الجِوار. (ولو عَلِمَ أنَّ المُشتري هو مَعَ غَيرِهِ، فَلَهُ أنْ يأخُذ نَصيبَ غَيرِهِ)؛ لأنَّ التَّسليمَ لم يوجدْ في حقِّه.

(ولو بَلَغَهُ شِراءُ النِّصفِ فسَلَّمَ، ثمَّ ظَهَرَ شِراءُ الجَميعِ، فلَهُ الشُّفعةُ)؛ لأنَّ التَّسليمَ لِضَرَرِ الشَّركةِ ولا شَرِكةَ، وفي عَكسِهِ لا شُفعَةَ في ظاهِرِ الرِّوايةِ؛ لأنَّ التَّسليمَ في الكلِّ تسليمٌ في أبعاضِهِ.

(فصل)

قال: (وإذا باعَ داراً إلَّا مِقدارَ ذِراعٍ منها في طُولِ الحَدِّ الذي يلي الشَّفيعَ، فلا شُفْعَةَ له)؛ لانقطاعِ الجِوارِ، وهذه حِيلَةٌ، وكذا إذا وَهَبَ منه هذا المِقدارَ وسَلَّمَه إليه؛ لِما بيَّنَّا.

قال: (وإذا ابتاعَ منها سَهْماً بِثَمَنٍ، ثمَّ ابتاعَ بَقِيَّتَها، فالشُّفعةُ لِلجارِ في السَّهمِ الأوَّلِ دُونَ الثَّاني)؛ لأنَّ الشَّفيعَ جارٌ فيهما، إلَّا أنَّ المشتري في الثَّاني شريكٌ فَيَتَقَدَّم عليه، فإنْ أرادَ الحِيلَةَ ابتاعَ السَّهمَ بالثَّمَنِ إلَّا دِرهماً مثلاً، والباقي بالباقي، وإنِ ابتاعها بِثَمنٍ ثمَّ دَفَعَ إليه ثوباً عِوَضاً عنه، فالشُّفعَةُ بالثَّمنِ دونَ الثَّوبِ؛ لأنَّه عقدٌ آخَرُ، والثَّمنُ هو العِوَضُ عن الدَّار.

ولا تُكرَهُ الحِيلَةُ في إسقاطِ الشُّفعةِ عند أبي يوسف، وتُكرَهُ عند محمَّد.

قال رضي الله عنه: وهذه حيلةٌ أخرى تَعُمُّ الجِوارَ والشَّركةَ، فيُباعُ بأضعافِ قِيمَتِهِ ويُعطى بها ثَوبٌ بِقَدرِ قِيمَتِهِ، إلَّا أنَّه لو استُحِقَّتِ المَشفوعةُ يَبقَى كلُّ الثَّمنِ على مُشتري الثَّوبِ؛ لقيامِ البيعِ الثَّاني، فيَتضرَّرُ به.

والأوجَهُ: أن يُباعَ بالدَّراهمِ الثَّمنِ دِينارٌ، حتَّى إذا استُحِقَّ المَشفوعُ يَبطُلُ الصَّرفُ، فيجبُ رَدُّ الدِّينارِ لا غير.

قال: (ولا تُكرَهُ الحِيلَةُ في إسقاطِ الشُّفعةِ عند أبي يوسف، وتُكرَهُ عند محمَّد)؛ لأنَّ الشُّفعةَ إنَّما وَجَبَت لدَفعِ الضَّررِ، ولو أبحنا الحِيلَةَ ما دَفَعْناه.

ولأبي يوسف: أنَّه مَنْعٌ عن إثباتِ الحَقِّ فلا يُعَدُّ ضَرَراً، وعلى هذا الخلافِ الحِيلَةُ في إسقاطِ الزَّكاة.



مسائل متفرقة

وإذا اشترى خمسةُ نَفَرٍ داراً مِنْ رجلٍ، فَلِلشَّفيعِ أنْ يَأْخُذَ نَصيبَ أحدِهِم، وإنِ اشتراها رجلٌ من خَمسةٍ أخَذَها كُلَّها أو تَرَكَها. ومَنِ اشترى نِصفَ دارٍ غيرَ مَقسُومٍ، فَقاسَمَهُ البائعُ، أخَذَ الشَّفيعُ النِّصفَ الذي صار لِلمُشتري أو يَدَعُ. ......

(مسائل متفرقة)

قال: (وإذا اشترى خمسةُ نَفَرٍ داراً مِنْ رجلٍ، فَلِلشَّفيعِ أنْ يَأْخُذَ نَصيبَ أحدِهِم، وإنِ اشتراها رجلٌ من خَمسةٍ أخَذَها كُلَّها أو تَرَكَها).

والفرقُ: أنَّ في الوجهِ الثَّاني بِأَخْذِ البَعضِ تَتَفرَّقُ الصَّفقةُ على المُشتري، فَيَتَضَرَّرُ به زيادةَ الضَّررِ، وفي الوجهِ الأوَّلِ يَقومُ الشَّفيعُ مَقامَ أحدِهِم، فلا تَتفرَّقُ الصَّفقةُ.

ولا فرقَ في هذا[1] بينَ ما إذا كان قبلَ القَبضِ أو بعدَهُ، هو الصَّحيحُ، إلَّا أنَّ قبلَ القَبضِ لا يُمكِنُهُ أخذُ نَصيبِ أحدِهِم إذا نَقَدَ ما عليه، ما لم يَنقُدِ الآخَرُ حِصَّتَهُ، كي لا يُؤدِّي إلى تَفريقِ اليدِ على البائعِ بمنزلةِ أحدِ المُشتَرِيَينِ[2].

بخلافِ ما بعدَ القَبضِ؛ لأنَّه سقَطَتْ يدُ البائعِ، وسواءٌ سمَّى لكلِّ بعضٍ ثَمَناً أو كان الثَّمنُ جملةً؛ لأنَّ العِبرةَ في هذا لِتَفريقِ الصَّفقةِ لا لِلثَّمنِ، وهاهنا تفريعاتٌ ذكرناها في كفاية المنتهي.

قال: (ومَنِ اشترى نِصفَ دارٍ غيرَ مَقسُوم، فَقاسَمَهُ البائعُ، أخَذَ الشَّفيعُ النِّصفَ الذي صار لِلمُشتري أو يَدَعُ)؛ لأنَّ القسمةَ من تَمامِ القبضِ؛ لِما فيه من تكميلِ الانتفاعِ، ولهذا يتمُّ القبضُ بالقسمةِ في الهبة، والشَّفيعُ لا يَنقُضُ القبضَ وإنْ كان

---

(١) أي: في جوازِ أخذِ الشَّفيعِ نصيبَ أحدِ المُشتَرِيينِ. عناية.

(٢) يعني: أنَّ أحدَ المُشتريين إذا نقَدَ ما عليه من الثَّمنِ، ليس له أن يقبضَ نصيبَهُ من الدَّارِ حتَّى يُؤدِّي كُلُّهم جميعَ ما عليهم من الثَّمن؛ لئلا يَلزمَ تفريقُ اليدِ على البائع. عناية.

وَمَنْ باعَ داراً وله عبدٌ مأذونٌ عليه دَينٌ، فلَهُ الشُّفعةُ، وكذا إذا كان العبدُ هو البائعُ، فَلِمَولاهُ الشُّفعةُ. وتَسليمُ الأبِ والوَصيِّ الشُّفعةَ على الصَّغيرِ جائزٌ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر: هو على شُفعَتِهِ إذا بَلَغَ.

له نَفْعٌ فيه بِعَودِ العُهدةِ على البائع، فكذا لا يَنقُضُ ما هو من تَمامِهِ.

بخلاف ما إذا باعَ أحَدُ الشَّريكينِ نصيبَهُ من الدَّارِ المُشتَرَكةِ، وقاسَمَ المشتري الذي لم يَبِعْ، حيثُ يكونُ للشَّفيعِ نَقضُهُ؛ لأنَّ العقدَ ما وقع مع الذي قاسَمَ، فلم تكنِ القِسمةُ من تَمامِ القبضِ الذي هو حُكمُ العقدِ، بل هو تَصرُّفٌ بِحُكمِ المِلكِ، فَيَنقُضُهُ الشَّفيعُ كما يَنقُضُ بيعَهُ وهِبَتَهُ.

ثمَّ إطلاقُ الجوابِ في الكتابِ[1] يدلُّ على أنَّ الشَّفيعَ يأخذُ النِّصفَ الذي صار للمشتري في أيِّ جانبٍ كان، وهو المرويُّ عن أبي يوسف؛ لأنَّ المشتري لا يَملِكُ إبطالَ حقِّهِ بالقسمة.

وعن أبي حنيفة: أنَّه إنَّما يأخذُهُ إذا وَقَع في جانبِ الدَّارِ التي يَشفَعُ بها؛ لأنَّه لا يبقى جاراً فيما يَقَعُ في الجانبِ الآخَرِ.

قال: (وَمَنْ باعَ داراً وله عبدٌ مأذونٌ عليه دَينٌ، فلَهُ الشُّفعةُ، وكذا إذا كان العبدُ هو البائعُ، فَلِمَولاهُ الشُّفعةُ)؛ لأنَّ الأخذَ بالشُّفعةِ تَملُّكٌ بالثَّمن، فَيَنزِلُ منزلةَ الشِّراءِ، وهذا[2] لأنَّه مفيدٌ؛ لأنَّه يَتصرَّفُ للغرماء، بخلافِ ما إذا لم يكنْ عليه دينٌ؛ لأنَّه يَبيعُهُ لمولاه، ولا شُفعَةَ لمن يَبيعُ له.

قال: (وتَسليمُ الأبِ والوَصيِّ الشُّفعةَ على الصَّغيرِ جائزٌ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر: هو على شُفعَتِهِ إذا بَلَغَ).

قالوا: وعلى هذا الخلافِ إذا بَلَغَهما شِراءُ دارٍ بجوارِ دار الصَّبيِّ، فلم يَطلُبا الشُّفعةَ.

---

(١) أي: في الجامع الصَّغير، وهو قوله: «أخَذَ الشَّفيعُ النِّصفَ الذي صار للمشتري». عناية.

(٢) أي: جوازُ أخذِهِ بالشُّفعة. بناية.

وعلى هذا الخلافِ تسليمُ الوكيلِ بِطَلَبِ الشُّفعةِ في روايةِ كتابِ الوكالةِ، وهو الصَّحيحُ.

لمحمَّد وزفر: أنَّه حقٌّ ثابتٌ للصَّغير، فلا يَملِكانِ إبطالَهُ، كَدِيَتِهِ وقَوَدِهِ، ولأنَّه شُرِعَ لِدَفعِ الضَّررِ، فكان إبطالُهُ إضراراً به.

ولهما: أنَّه في معنى التِّجارة، فَيَملِكانِ تركَهُ، ألا ترى أنَّ من أوجب بيعاً للصَّبيِّ صَحَّ ردُّهُ من الأبِ والوصيِّ، ولأنَّه دائرٌ بينَ النَّفعِ والضَّررِ، وقد يكونُ النَّظرُ في تَركِهِ لِيَبقى الثَّمنُ على مِلكِهِ، والوِلايةُ نَظريَّةٌ، فَيَملكانِهِ.

وسُكوتُهما كإبطالِهِما؛ لكونِهِ دليلَ الإعراضِ.

وهذا[1] إذا بِيعَتْ بمثلِ قِيمَتِها، فإنْ بِيعَتْ بأكثَرَ من قيمَتِها، بما لا يَتَغابَنُ النَّاسُ فيه، قيل: جازَ التَّسليمُ بالإجماع؛ لأنَّه تَمَحَّضَ نظراً. وقيل: لا يصحُّ بالاتِّفاق؛ لأنَّه لا يَملِكُ الأخذَ، فلا يَملِكُ التَّسليمَ كالأجنبيِّ.

وإن بِيعَتْ بأَقَلَّ من قيمَتِها مُحاباةً كثيرةً، فعن أبي حنيفة: أنَّه لا يصحُّ التَّسليمُ منهما أيضاً، ولا روايةَ عن أبي يوسف، والله أعلم.



(١) أي: هذا الخلاف.

كتاب القسمة

(كتاب القسمة)

القِسمةُ في الأعيانِ المُشتَرَكةِ مَشروعةٌ؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ باشَرَها في المَغانِمِ والمَواريثِ[1]، وجرى التَّوارثُ بها من غَيرِ نكيرٍ.

ثمَّ هي لا تَعرَى عن معنى المُبادلةِ؛ لأنَّ ما يَجتمِعُ لأحَدِهما بعضُهُ كان له وبعضُهُ كان لصاحِبِهِ، فهو يأخُذُهُ عِوَضاً عمَّا بقي من حقِّه في نصيبِ صاحِبِهِ، فكان مبادلةً وإفرازاً، والإفرازُ هو الظَّاهرُ في المَكيلاتِ والمَوزُوناتِ؛ لِعَدَمِ التَّفاوتِ، حتَّى كان لأحدِهِما أن يأخذَ نصيبَهُ حالَ غَيبةِ صاحِبِهِ. ولو اشتَرَياه[2] فاقتَسَماهُ، يَبيعُ أحدُهُما نصيبَهُ مُرابحَةً بنصفِ الثَّمنِ.

ومعنى المُبادلةِ هو الظَّاهرُ في الحيواناتِ والعُرُوضِ؛ للتَّفاوتِ، حتَّى لا يكونُ لأحدِهِما أخذُ نَصيبِهِ عندَ غَيبةِ الآخرِ. ولو اشتَرَياهُ[3] فاقتَسَماهُ، لا يَبيعُ أحدُهُما نصيبَهُ مُرابَحَةً بعدَ القسمةِ، إلَّا أنَّها إذا كانت من جنسٍ واحدٍ أُجبِرَ القاضي على

---

(١) أمَّا قسمةُ المواريث فمنها ما أخرجه البخاري في الفرائض، باب: ميراث ابنة ابن مع ابنة (٦٣٥٥) عن هُزَيل بن شُرَحبيل قال: سُئل أبو موسى عن ابنةٍ وابنةِ ابنٍ وأختٍ، فقال: للابنةِ النِّصفُ، وللأختِ النِّصفُ، وأتِ ابنَ مسعودٍ فَسيُتابِعُني، فَسُئل ابنُ مَسعودٍ وأُخبِرَ بقولِ أبي موسى فقال: لقد ضَللتُ إذاً وما أنا من المهتدين، أقضي فيها بما قضى النَّبيُّ ﷺ، للابنةِ النِّصفُ، ولابنةِ الابنِ السُّدُسُ تكمِلةُ الثُّلثينِ، وما بقي فَللأختِ، فأتينا أبا موسى فأخبرناه بِقَولِ ابنِ مسعود، فقال: لا تسألوني ما دامَ هذا الحَبْرُ فيكم.

وقسمةُ المغانم مرَّت في كتاب السِّير.

(٢) أي: لو اشترى الشَّريكانِ شيئاً من المكيلاتِ والموزونات.

(٣) أي: لو اشترى الشَّريكان شيئاً من الحيوانات أو العروضِ.

وَيَنبغي للقاضي أنْ يَنصِبَ قاسماً يَرزُقُهُ من بيتِ المالِ؛ لِيَقسِمَ بينَ النَّاسِ بِغَيرِ أجرٍ، فإنْ لم يَفعَلْ نَصَبَ قاسِماً يَقسِمُ بِالأجْرِ، وَيَجِبُ أنْ يَكونَ عَدْلاً مَأموناً عالِماً بالقِسْمَةِ. ولا يُجبِرُ القاضي النَّاسَ على قاسِمٍ واحدٍ، ....

القسمةِ عندَ طَلَبِ أحدِ الشُّركاءِ؛ لأنَّ فيه معنى الإفرازِ؛ لِتَقارُبِ المقاصِدِ، والمُبادلةُ مِمَّا يجري فيه الجبرُ كما في قضاءِ الدَّينِ.

وهذا[1] لأنَّ أحدَهُم بِطَلَبِ القسمةِ يَسألُ القاضي أن يَخُصَّه بالانتفاعِ بِنَصيبِهِ ويَمنَعَ الغيرَ عن الانتفاعِ بملكِهِ، فيجبُ على القاضي إجابَتُهُ.

وإن كانت أجناساً مُختلِفَةً لا يُجبَرُ القاضي على قِسمَتِها؛ لِتَعذُّرِ المُعادلةِ باعتبارِ فُحشِ التَّفاوتِ في المقاصد، ولو تَراضَوا عليها جازَ لأنَّ الحقَّ لهم.

قال: (وَيَنبغي للقاضي أنْ يَنصِبَ قاسماً يَرزُقُهُ من بيتِ المالِ؛ لِيَقسِمَ بينَ النَّاسِ بِغَيرِ أجرٍ)؛ لأنَّ القسمةَ من جنسِ عَملِ القضاءِ، من حيثُ إنَّه يَتُمُّ به قَطعُ المُنازعةِ، فأشبَهَ رِزقَ القاضي، ولأنَّ مَنفعَةَ نَصبِ القاسِمِ تَعُمُّ العامَّةَ، فتكونُ كفايتُهُ في مالِهِم غرما بالغُنْم.

قال: (فإنْ لم يَفعَلْ[2] نَصَبَ قاسِماً يَقسِمُ بِالأجْرِ)، معناه: بأجرٍ على المُتقاسِمِين؛ لأنَّ النَّفع لهم على الخُصوصِ، ويُقَدِّر أجرَ مِثلِهِ كي لا يَتحكَّمَ بالزِّيادةِ، والأفضلُ أنْ يَرزُقَهُ من بيتِ المالِ؛ لأنَّه أرفَقُ بالنَّاسِ وأبعَدُ عن التُّهمةِ.

(وَيَجِبُ أنْ يَكونَ عَدْلاً مَأموناً عالِماً بالقِسْمَةِ)؛ لأنَّه من جنسِ عَملِ القضاءِ، ولأنَّه لا بدَّ من القدرةِ، وهي بالعِلْمِ، ومِنَ الاعتمادِ على قولِهِ، وهو بالأمانة.

(ولا يُجبِرُ القاضي النَّاسَ على قاسِمٍ واحدٍ)، معناه: لا يُجبِرُهم على أن يَستأجِرُوهُ؛ لأنَّه لا جَبْرَ على العقودِ، ولأنَّه لو تَعيَّنَ لَتحكَّمَ بالزِّيادةِ على أجرِ مثلِهِ.

---

(١) إشارة إلى قوله: «أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشُّركاء».

(٢) أي: إن لم ينصب القاضي قاسماً يرزقه من بيت المال، نصب قاسماً ... إلخ.

ولَوِ اصطَلَحُوا فَاقتَسَمُوا جازَ، إلَّا إذا كان فيهم صغيرٌ فَيَحتاجُ إلى أمرِ القاضي. ولا يَتْرُكُ القُسَّامَ يَشتَرِكونَ. وأُجرَةُ القِسمَةِ على عَدَدِ الرُّؤوسِ عندَ أبي حنيفة، وقالا: على قَدْرِ الأنصِباءِ. ....

(ولَوِ اصطَلَحُوا فَاقتَسَمُوا جازَ[1]، إلَّا إذا كان فيهم صغيرٌ فَيَحتاجُ إلى أمرِ القاضي)؛ لأنَّه لا ولايةَ لهم عليه.

(ولا يَتْرُكُ القُسَّامَ يَشتَرِكونَ)؛ كي لا تصيرَ الأجرةُ غاليةً بِتَواكُلِهم[2]، وعند عدَمِ الشَّركةِ يَتبادَرُ كلٌّ منهم إليه خِيفةَ الفَوتِ، فَيَرخُصُ الأجر.

قال: (وأُجرَةُ القِسمَةِ على عَدَدِ الرُّؤوسِ عندَ أبي حنيفةَ، وقالا: على قَدْرِ الأنصِباءِ)؛ لأنَّه مُؤنةُ المِلكِ، فَيَتقدَّرُ بِقَدْرِه، كأجرةِ الكيَّالِ والوَزَّانِ، وحَفْرِ البئرِ المُشترَكَةِ، ونَفقَةِ المَملُوكِ المُشتَرَكِ.

ولأبي حنيفة: أنَّ الأجرَ مُقابَلٌ بالتَّمييز، وأنَّه لا يَتفاوَتُ، وربَّما يَصعُبُ الحِسابُ بالنَّظرِ إلى القليل، وقد يَنعكِسُ الأمرُ فيتعذَّرُ اعتبارُهُ، فَيتعلَّقُ الحُكمُ بأصل التَّمييز. بخلافِ حَفرِ البئرِ؛ لأنَّ الأجرَ مُقابَلٌ بِنَقلِ التُّرابِ، وهو يَتفاوتُ.

والكَيلُ والوزنُ إن كان للقسمةِ قيل: هو على الخِلافِ، وإنْ لم يكنْ للقسمةِ فالأجرُ مُقابَلٌ بِعَمَلِ الكيلِ والوَزنِ، وهو يَتفاوَتُ، وهو العُذْرُ لو أطلَقَ ولا يفصل[3]. وعنه: أنَّه[4] على الطَّالبِ دونَ المُمتنعِ؛ لِنَفعِهِ ومَضرَّةِ المُمتنِعِ.

---

(١) يعني: لم يَرفَعوا الأمرَ إلى الحاكِم، بل اقتَسَمُوا بأنفسِهم باصطلاحِهم، فهو جائزٌ؛ لِما أنَّ في القسمةِ معنى المعاوضةِ، فَتَثبُتُ بالتَّراضي كما في سائرِ المُعاوضات. عناية.

(٢) أي: أن يَكِلَ بعضُهم الأمرَ إلى بعضٍ. بناية.

(٣) يعني: لو أطلَقَ أبو حنيفة رحمه الله في الجواب، وقال: أجرةُ الكيَّالِ بِقَدْرِ عَملِهِ، سواءٌ كان الكيلُ للقسمةِ أو لا، فالعُذرُ له في ذلك هو التَّفاوُتُ؛ لأنَّ عمَلَه في ذلك لصاحب الكثيرِ أكثَرُ، فكان أصعَبَ، والأجرُ بِقَدْرِ العملِ، بخلاف القسَّام فإنَّه قد يعكس. وقوله: «ولا يفصل» تأكيد وبيان. عناية.

(٤) أي: الأجرُ كلُّه.

وإذا حَضَرَ الشُّركاءُ عندَ القاضي وفي أيديهم دارٌ أو ضَيْعَةٌ، وادَّعُوا أنَّهم وَرِثُوها عن فُلانٍ، لم يَقسِمْها القاضي عند أبي حنيفةَ حتَّى يُقيموا البيِّنةَ على مَوتِهِ وعَدَدِ وَرَثَتِهِ، وقال صاحباه: يَقسِمُها بِاعترافِهِم، ويَذكُرُ في كتابِ القِسمَةِ أنه قَسَمَها بِقَولِهِم. وإن كان المالُ المُشتَرَكُ ما سِوى العَقارِ وادَّعُوا أنَّه مِيراثٌ، قَسَمَهُ في قَولِهِم جميعاً. ولَوِ ادَّعَوا في العَقارِ أنَّهم اشتَرَوهُ قَسَمَهُ بينهم، ....

قال: (وإذا حَضَرَ الشُّركاءُ عندَ القاضي وفي أيديهم دارٌ أو ضَيْعَةٌ، وادَّعُوا أنَّهم وَرِثُوها عن فُلانٍ، لم يَقسِمْها القاضي عند أبي حنيفةَ حتَّى يُقيموا البيِّنةَ على مَوتِهِ وعَدَدِ وَرَثَتِهِ. وقال صاحباه: يَقسِمُها بِاعترافِهِم، ويَذكُرُ في كتابِ القِسمَةِ أنَّه قَسَمَها بِقَولِهِم. وإن كان المالُ المُشتَرَكُ ما سِوى العَقارِ وادَّعُوا أنَّه مِيراثٌ، قَسَمَهُ في قَولِهِم جميعاً. ولَوِ ادَّعَوا في العَقارِ أنَّهم اشتَرَوهُ قَسَمَهُ بينهم).

لهما: أنَّ اليدَ دليلُ المِلكِ، والإقرارُ أمارةُ الصِّدقِ، ولا مُنازِعَ لهم فَيَقسِمُهُ بينهم كما في المَنقولِ المَوروثِ والعَقارِ المُشتَرَى، وهذا لأنَّه لا مُنكِرَ، ولا بيِّنةَ إلَّا على المُنكِرِ، فلا يفيدُ، إلَّا أنَّه يَذكُرُ في كتابِ القسمةِ أنَّه قَسَمَها بإقرارِهِم؛ لِيَقتصِرَ عليهم ولا يَتعدَّاهم.

وله: أنَّ القِسمةَ قَضاءٌ على الميِّتِ؛ إذِ التَّركةُ مُبقَّاةٌ على مِلكِهِ قبلَ القِسمةِ، حتَّى لو حَدَثَت الزِّيادةُ قبلَها تَنفُذُ وصاياه فيها، وتُقضَى ديونُهُ منها، بخلافِ ما بعدَ القسمةِ، وإذا كانت قضاءً على الميِّتِ فالإقرارُ ليس بحجَّةٍ عليه، فلا بدَّ من البيِّنةِ، وهو مفيدٌ؛ لأنَّ بعضَ الورثةِ يَنتصِبُ خَصماً عن المُورِّث، ولا يَمتنِعُ ذلك بإقرارِهِ[1]، كما في الوارثِ أو الوصيِّ المُقِرِّ بالدَّينِ، فإنَّه يَقبَلُ البيِّنةَ عليه مع إقرارِهِ.

بخلافِ المَنقولِ[2]؛ لأنَّ في القسمةِ نَظَراً للحاجةِ إلى الحِفْظِ، أمَّا العقارُ

(١) أي: لا يمتنع كونه خصماً بسبب إقراره. بناية.

(٢) جوابٌ عن قولهما: «كما في المنقول الموروث».

وإنِ ادَّعَوا المِلكَ ولم يَذكُرُوا كيفَ انتَقَلَ إليهم، قَسَمَهُ بينهم. وفي الجامع الصَّغير: أرضٌ ادَّعاها رَجلانِ وأقاما البيِّنةَ أنَّها في أيديهما، وأرادا القِسمَةَ، لم يَقسِمْها حتَّى يُقيما البيِّنةَ أنَّها لهما. وإذا حَضَرَ وارثانِ وأقاما البيِّنَةَ على الوَفاةِ وعَدَدِ الوَرَثةِ، والدَّارُ في أيديهم، ومعَهُم وارثٌ غائبٌ، قَسَمَها القاضي بِطَلَبِ الحاضِرين، ويُنَصِّبُ وكيلاً يَقبِضُ نصيبَ الغائِبِ، وكذا لو كان مكانَ الغائبِ صبيٌّ يَقسِمُ ويُنصِّبُ وَصيّاً يَقبِضُ نَصيبَهُ، ....

فَمُحَصَّنٌ بِنفسِهِ، ولأنَّ المَنقولَ مَضمونٌ على مَنْ وَقَعَ في يَدِهِ، ولا كذلكَ العَقارُ عنده.

وبخلافِ المُشتَرَى؛ لأنَّ المَبيعَ لا يبقى على مِلكِ البائعِ وإنْ لم يُقسَمْ، فلم تكنِ القِسمةُ قضاءً على الغير.

قال: **(وإنِ ادَّعَوا المِلكَ ولم يَذكُرُوا كيفَ انتَقَلَ إليهم، قَسَمَهُ بينهم)**؛ لأنَّه ليس في القسمةِ قضاءٌ على الغيرِ، فإنَّهم ما أقَرُّوا بالمِلكِ لغيرهم.

قال رضي الله عنه: هذه[1] روايةُ كتابِ القسمةِ.

(وفي الجامع الصَّغير: أرضٌ ادَّعاها رَجلانِ وأقاما البيِّنةَ أنَّها في أيديهما، وأرادا القِسمَةَ، لم يَقسِمْها حتَّى يُقيما البيِّنةَ أنَّها لهما)؛ لاحتمالِ أن يكونَ لغيرهما. ثمَّ قيل: هو قولُ أبي حنيفة، وقيل: قولُ الكلِّ، وهو الأصحُّ؛ لأنَّ قسمةَ الحِفْظِ في العَقارِ غيرُ مُحتاجٍ إليه، وقسمةُ المِلكِ تَفتقِرُ إلى قيامِهِ، ولا مِلكَ، فامتَنَعَ الجوازُ.

قال: **(وإذا حَضَرَ وارثانِ وأقاما البيِّنَةَ على الوَفاةِ وعَدَدِ الوَرَثةِ، والدَّارُ في أيديهم، ومعَهُم وارثٌ غائبٌ، قَسَمَها القاضي بِطَلَبِ الحاضِرين، ويُنَصِّبُ وكيلاً يَقبِضُ نَصيبَ الغائِبِ، وكذا لو كان مكانَ الغائبِ صبيٌّ يَقسِمُ ويُنصِّبُ وَصيّاً يَقبِضُ نَصيبَهُ)**؛ لأنَّ فيه نظَراً للغائبِ والصَّغيرِ، ولا بدَّ من إقامةِ البيِّنةِ في هذه

---

(١) يعني: القسمةُ فيما بينهم من غير إقامةِ البيِّنةِ روايةُ كتاب القسمة. عناية.

ولو كانوا مُشتَرِينَ لم يَقسِمْ مع غَيبةِ أحَدِهِم. وإنْ كان العَقارُ في يدِ الوارِثِ الغائبِ أو شيءٌ منه لم يُقسَمْ، وكذا إذا كان في يَدِ مُودَعِهِ، وكذا إذا كان في يَدِ الصَّغيرِ.

الصُّورةِ عنده أيضاً، خلافاً لهما كما ذكرنا من قبلُ.

(ولو كانوا مُشتَرِينَ لم يَقسِمْ مع غَيبةِ أحَدِهِم).

والفَرقُ[1]: أنَّ مِلكَ الوارثِ مِلكُ خِلافةٍ، حتَّى يُرَدُّ بالعيبِ ويُرَدُّ عليه بالعيب فيما اشتراهُ المُورِّثُ أو باع، ويَصيرُ[2] مغروراً بِشراءِ المُورِّثِ[3]، فانتَصَبَ أحَدُهما خَصماً عن الميِّتِ فيما في يَدِهِ، والآخَرُ عن نَفسِهِ، فصارتِ القسمةُ قضاءً بِحَضرةِ المُتخاصِمين.

أمَّا المِلكُ الثَّابتُ بالشِّراءِ مِلكٌ مُبتَدأٌ[4]، ولهذا لا يُرَدُّ بالعيب على بائِعِ بائِعِهِ، فلا يَصلُحُ الحاضرُ خَصماً عن الغائبِ، فَوَضَحَ الفرقُ.

(وإنْ كان العَقارُ في يدِ الوارِثِ الغائبِ أو شيءٌ منه لم يُقسَمْ، وكذا إذا كان في يَدِ مُودَعِهِ، وكذا إذا كان في يَدِ الصَّغيرِ)؛ لأنَّ القسمةَ قضاءٌ على الغائبِ والصَّغيرِ باستحقاقِ يَدِهما من غيرِ خَصمٍ حاضرٍ عنهما، وأمينُ الخَصمِ ليس بِخَصمٍ عنه فيما يُستَحَقُّ عليه، والقضاءُ من غيرِ الخَصمِ لا يجوزُ.

ولا فَرْقَ في هذا الفَصلِ بين إقامةِ البيِّنةِ وعَدَمِها، هو الصَّحيحُ كما أطلَقَ في الكتاب.

---

(١) أي: بين دعوى الإرث إذا أقاموا البيِّنةَ يقسمُ مع غيبةِ أحدهم، وفي دعوى الشِّراءِ لا يقسم مع غيبةِ أحدهم وإن أقاما البيِّنةَ.

(٢) أي: الوارثُ.

(٣) حتَّى لو اشترى جاريةً فمات، فاستولدها الوارثُ، فاستُحِقَّت، يصيرُ الوارثُ مغروراً، ويكون الولدُ حرّاً بالقيمةِ، يرجع بها الوارثُ على البائع، كالمورِّث في حياته. بناية.

(٤) أي: ملكٌ جديد.

وإنْ حَضَرَ وارِثٌ واحدٌ لم يَقسِمْ وإنْ أقامَ البيِّنةَ، ولو كانَ الحاضِرُ كبيراً وصَغيراً، نَصَبَ القاضي عن الصَّغيرِ وَصيّاً، وقَسَمَ إذا أُقيمَتِ البيِّنةُ، وكذا إذا حَضَرَ وارثٌ كبيرٌ ومُوصَى لَهُ بالثُّلُث فيها، وطَلَبا القِسمةَ وأقاما البيِّنةَ على المِيراثِ والوَصيَّةِ، يَقسِمُهُ.

قال: (وإنْ حَضَرَ وارِثٌ واحدٌ لم يَقسِمْ وإنْ أقامَ البيِّنةَ)؛ لأنَّه لا بدَّ من حضورِ خَصمَينِ؛ لأنَّ الواحدَ لا يَصلُحُ مُخاصِماً ومُخاصَماً، وكذا مُقاسِماً ومُقاسَماً، بخلافِ ما إذا كانَ الحاضِرُ اثنين على ما بيَّنَّا[1].

(ولو كانَ الحاضِرُ كبيراً وصَغيراً، نَصَبَ القاضي عن الصَّغيرِ وَصيّاً، وقَسَمَ إذا أُقيمَتِ البيِّنةُ، وكذا إذا حَضَرَ وارثٌ كبيرٌ ومُوصَى لَهُ بالثُّلُث فيها، وطَلَبا القِسمةَ وأقاما البيِّنةَ على المِيراثِ والوَصيَّةِ، يَقسِمُهُ)؛ لاجتماعِ الخَصمَينِ، الكبيرِ عن الميِّتِ والمُوصَى له عن نفسِهِ، وكذا الوصيُّ عن الصَّبيِّ كأنَّه حَضَرَ بنفسِهِ بعدَ البلوغِ؛ لقيامِهِ مَقامَهُ.

---

(١) أراد به قوله: «وإذا حضر وارثانِ وأقاما البيِّنةَ..» إلخ.

فصل فيما يُقسَمُ وما لا يُقسَمُ

وإذا كان كُلُّ واحدٍ مِنَ الشُّركاءِ يَنتفِعُ بِنَصيبِهِ قَسَمَ بِطَلَبِ أحَدِهِم، وإنْ كانَ يَنتَفِعُ أَحَدُهُم ويَستَضِرُّ به الآخَرُ لِقِلَّةِ نَصيبِهِ، فإنْ طَلَبَ صاحِبُ الكَثيرِ قَسَمَ، وإنْ طَلَبَ صاحِبُ القليلِ لم يَقسِمْ، وإنْ كان كلُّ واحدٍ منهما يَستَضِرُّ لِصِغَرِهِ لم يَقسِمْها إلَّا بِتَراضِيهِما. ويَقسِمُ العُروضَ إذا كانت من صِنْفٍ واحدٍ.

(فصل فيما يُقسَمُ وما لا يُقسَمُ)

قال: (وإذا كان كُلُّ واحدٍ مِنَ الشُّركاءِ يَنتفِعُ بِنَصيبِهِ قَسَمَ بِطَلَبِ أحَدِهِم)؛ لأنَّ القِسمةَ حقٌّ لازمٌ فيما يَحتمِلُها عندَ طَلبِ أحَدِهِم على ما بيَّنَّاه من قبل[1].

(وإنْ كانَ يَنتَفِعُ أَحَدُهُم ويَستَضِرُّ به الآخَرُ لِقِلَّةِ نَصيبِهِ، فإنْ طَلَبَ صاحِبُ الكَثيرِ قَسَمَ، وإنْ طَلَبَ صاحِبُ القليلِ لم يَقسِمْ)؛ لأنَّ الأوَّلَ يَنتفِعُ به، فَيُعتَبَرُ طَلَبُهُ، والثَّاني مُتعنِّتٌ في طلبِهِ فلم يُعتَبَر.

وذكَرَ الجَصَّاصُ على قَلبِ هذا؛ لأنَّ صاحبَ الكثيرِ يُريدُ الإضرارَ بغيرِهِ، والآخَرُ يَرضَى بِضَرَرِ نفسِهِ. وذَكَرَ الحاكمُ الشَّهيدُ في مُختصَرِهِ: أنَّ أيَّهما طلَبَ القِسمةَ يَقسِمُ القاضي، والوجهُ اندرَجَ فيما ذكرناه. والأصحُّ هو المَذكورُ في الكتاب، وهو الأوَّل.

(وإنْ كان كلُّ واحدٍ منهما يَستَضِرُّ لِصِغَرِهِ لم يَقسِمْها إلَّا بِتَراضِيهِما)؛ لأنَّ الجَبْرَ على القِسمةِ لِتَكميلِ المَنفعةِ، وفي هذا تَفويتُها، وتَجوزُ بِتَراضيهما؛ لأنَّ الحقَّ لهما، وهما أعرَفُ بشأنِهما، أمَّا القاضي فَيَعتمِدُ الظَّاهرَ.

قال: (ويَقسِمُ العُروضَ إذا كانت من صِنْفٍ واحدٍ)؛ لأنَّ عندَ اتِّحادِ الجنسِ يَتَّحِدُ المَقصودُ، فَيَحصلُ التَّعديلُ في القِسمةِ والتَّكميلُ في المَنفعةِ.

---

(١) يريد به قولَهُ: «إذا كانت من جنسٍ واحدٍ أُجبِرَ القاضي على القسمةِ عند طلَبِ أحَدِ الشُّركاءِ؛ لأنَّ فيه معنى الإفراز ...». عناية.

ولا يَقسِمُ الجِنسَينِ بَعضَهَما في بَعضٍ. ويَقسِمُ كلَّ مَكيلٍ ومَوزُونٍ، كَثيرٍ أو قَليلٍ، والمَعدُودُ المُتقارِبُ وتِبرُ الذَّهبِ والفِضَّةِ والحديدُ والنُّحاسُ والإبلُ بانفرادِها، والبَقَرُ والغنَمُ، ولا يَقسِمُ شاةً وبَعيراً وبِرْذَوناً وحِماراً، ولا يَقسِمُ الأواني، ويَقسِمُ الثِّيابَ الهَرَوِيَّةَ، ولا يَقسِمُ ثَوباً واحداً، ولا ثَوبَينِ إذا اختَلَفَتْ قِيمَتُهُما، وقال أبو حنيفة: لا يَقسِمُ الرَّقيقَ والجَواهِرَ، وقالا: يَقسِمُ الرَّقيقَ. ....

(ولا يَقسِمُ الجِنسَينِ بَعضَهَما في بَعضٍ)؛ لأنَّه لا اختلاطَ بين الجِنسَينِ، فلا تقعُ القِسمةُ تمييزاً، بل تقع مُعاوَضةً، وسَبيلُها التَّراضي دونَ جَبْرِ القاضي.

(ويَقسِمُ كلَّ مَكيلٍ ومَوزُونٍ، كَثيرٍ أو قَليلٍ، والمَعدُودُ المُتقارِبُ وتِبرُ الذَّهبِ والفِضَّةِ والحديدُ والنُّحاسُ والإبلُ بانفرادِها والبَقَرُ والغَنَمُ).

(ولا يَقسِمُ شاةً وبَعيراً وبِرْذَوناً وحِماراً، ولا يَقسِمُ الأواني)؛ لأنَّها باختلافِ الصَّنعةِ التَحقَتْ بالأجناسِ المُختلِفَةِ.

(ويَقسِمُ الثِّيابَ الهَرَوِيَّةَ)؛ لاتِّحادِ الصِّنفِ، (ولا يَقسِمُ ثَوباً واحداً)؛ لاشتمالِ القِسمةِ على الضَّررِ؛ إذ هي لا تَتحقَّقُ إلَّا بالقَطعِ، (ولا ثَوبَينِ إذا اختَلَفَتْ قِيمَتُهُما)؛ لِما بيَّنَّا[1].

بخلافِ ثلاثةِ أثوابٍ إذا جُعلَ ثوبٌ بِثوبَينِ[2]، أو ثوبٌ ورُبعُ ثَوبٍ بِثَوبٍ وثلاثةِ أرباعِ ثَوبٍ[3]؛ لأنَّه قِسمةُ البعضِ دونَ البَعضِ، وذلك جائزٌ.

(وقال أبو حنيفة: لا يَقسِمُ الرَّقيقَ والجَواهِرَ)؛ لِتَفاوُتِهما. (وقالا: يَقسِمُ الرَّقيقَ)؛ لاتِّحادِ الجنسِ، كما في الإبلِ والغَنَمِ ورَقيقِ المَغنَمِ.

---

(١) يعني: ما تقدَّمَ من قوله: «بل تقعُ مُعاوَضَةً، وسبيلُها التَّراضي». عناية.

(٢) يعني: إذا كانت قيمةُ الثَّوبِ الواحدِ مِثلَ قيمةِ الثَّوبين، وأراد أحَدُهما القِسمةَ وأبى الآخَرُ، يَقسِمُ القاضي بينهما ويُعطي أحَدَهما ثوباً والآخَرَ ثوبين. عناية.

(٣) فإن كانت ثلاثةُ أثوابٍ، قيمةُ أحدِها دينارٌ وربعٌ، وقيمة الآخر دينارٌ وثلاثةُ أرباعٍ، فيعطي الثَّوبَ الذي قيمتُهُ دينارٌ وربعٌ إلى واحد، ويُعطي الثَّوبَ الذي قيمتُهُ دينارٌ وثلاثةُ أرباعٍ لواحِدٍ، والثَّوبُ الآخرُ يشتركُ بينهما أرباعاً.

ولا يُقسَمُ حَمَّامٌ ولا بِئرٌ ولا رَحَىً إلَّا بِتَراضِي الشُّرَكاءِ، وكذا الحائِطُ بينَ الدَّارَينِ. وإذا كانت دُورٌ مُشتَرَكَةٌ في مِصرٍ واحدٍ قَسَمَ كلَّ دارٍ على حِدَتِها في قولِ أبي حنيفة، وقالا: إنْ كان الأصلَحُ لهم قِسمَةَ بَعضِها في بَعضٍ قَسَمَها. ....

وله: أنَّ التَّفاوتَ في الآدميِّ فاحشٌ؛ لِتَفاوتِ المعاني الباطنةِ، فصار كالجنسِ المُختَلِفِ، بخلافِ الحيواناتِ؛ لأنَّ التَّفاوتَ فيها يَقِلُّ عندَ اتِّحادِ الجنسِ، ألا ترى أنَّ الذَّكرَ والأنثى من بني آدمَ جِنسانِ ومِنَ الحيواناتِ جِنسٌ واحدٌ، بخلافِ المَغانِمِ؛ لأنَّ حقَّ الغانِمِينَ في الماليَّةِ، حتَّى كان للإمام بَيعُها وقِسمَةُ ثَمَنِها، وهنا يَتعلَّقُ بالعينِ والماليَّةِ جميعاً، فافترقا.

وأمَّا الجواهرُ فقد قيل: إذا اختَلَفَ الجنسُ لا يُقسَمُ، كاللآلئ واليواقيت. وقيل: لا يَقسِمُ الكبارَ منها لِكَثرةِ التَّفاوتِ، ويَقسِمُ الصِّغارَ لقلَّةِ التَّفاوتِ.

وقيل: يجري الجوابُ على إطلاقِهِ[1]؛ لأنَّ جَهالَةَ الجَواهرِ أفحَشُ من جَهالةِ الرَّقيقِ، ألا ترى أنَّه لو تَزوَّجَ على لؤلؤةٍ أو ياقوتةٍ أو خالَعَ عليها لا تَصحُّ التَّسميةُ، ويصحُّ ذلك[2] على عبدٍ، فأولى أن لا يُجبَرَ على القسمةِ.

قال: (**ولا يُقسَمُ حَمَّامٌ ولا بِئرٌ ولا رَحَىً إلَّا بِتَراضِي الشُّرَكاءِ، وكذا الحائِطُ بينَ الدَّارَينِ**)؛ لأنَّها تَشتَمِلُ على الضَّررِ في الطَّرفين، إذْ لا يَبقى كلُّ نصيبٍ مُنتَفَعاً به انتفاعاً مقصوداً، فلا يَقسِمُ القاضي، بخلاف التَّراضي لما بينا[3].

قال: (**وإذا كانت دُورٌ مُشتَرَكَةٌ في مِصرٍ واحدٍ قَسَمَ كلَّ دارٍ على حِدَتِها في قولِ أبي حنيفة. وقالا: إنْ كان الأصلَحُ لهم قِسمَةَ بَعضِها في بَعضٍ قَسَمَها**)، وعلى هذا الخِلافِ الأقرِحَةِ[4] المُتفرِّقةِ المُشتَرَكةِ.

---

(١) أي: جواب القدوري. وأراد بإطلاقِهِ أنَّه لا يقسمُ الجواهرَ مطلقاً أصلاً. بناية.

(٢) أي: التَّزوُّجُ والخُلعُ.

(٣) يشيرُ إلى ما ذَكَرَه في أوَّل هذا الفصل بقوله: «وإن كان كلُّ واحدٍ يَستضِرُّ لِصِغرِهِ لم يَقسِمْها إلَّا بِتَراضيهما». عناية.

(٤) «الأقرحة» جمع «قراح»، وهي أرضٌ خاليةٌ عن الشَّجر والبناء وغيرهما. بناية.

وإنْ كانت دارٌ وَضَيعَةٌ، أو دارٌ وحانوتٌ، قَسَمَ كلَّ واحدٍ منهما على حِدَةٍ.

لهما: أنَّها جنسٌ واحدٌ اسماً وصورةً نظراً إلى أصلِ السُّكنى، أجناسٌ معنىً نظراً إلى اختلافِ المَقاصِدِ ووُجوهِ السُّكنى، فَيُفوَّضُ التَّرجيحُ إلى القاضي.

وله: أنَّ الاعتبارَ للمعنى، وهو المقصودُ، ويَختلِفُ ذلك باختلافِ البُلدانِ والمَحالِّ والجِيرانِ والقُربِ إلى المَسجدِ والماءِ اختلافاً فاحشاً، فلا يُمكِنُ التَّعديلُ في القسمةِ، ولهذا لا يَجوزُ التَّوكيلُ بشراءِ دارٍ، وكذا لو تَزوَّجَ على دارٍ لا تَصحُّ التَّسميةُ، كما هو الحكمُ فيهما[1] في الثَّوب.

بخلافِ الدَّارِ الواحدةِ إذا اختَلَفَتْ بُيوتُها؛ لأنَّ في قسمةِ كلِّ بيتٍ على حِدَةٍ ضَرراً، فَقُسِمَتِ الدَّارُ قِسمَةً واحدةً. قال ﷺ: تَقييدُ الوَضعِ في الكتابِ[2] إشارةٌ إلى أنَّ الدَّارين إذا كانتا في مِصرَينِ لا تَجتَمِعانِ في القِسمةِ عندهما، وهو روايةُ هِلالٍ عنهما، وعن محمد: أنَّه يَقسِمُ إحداهما في الأخرى.

والبيوتُ في مَحِلَّةٍ أو مَحالٍّ تُقسَمُ قِسمةً واحدةً؛ لأنَّ التَّفاوتَ فيما بينها يسيرٌ، والمنازِلُ المُتلازِقةُ كالبيوتِ والمُتبايِنةِ كالدُّورِ؛ لأنَّه بينَ الدَّارِ والبيتِ على ما مَرَّ من قبلُ، فأخَذَ شَبَهاً من كلِّ واحدٍ.

قال: (وإنْ كانت دارٌ وَضَيعَةٌ، أو دارٌ وحانوتٌ، قَسَمَ كلَّ واحدٍ منهما على حِدَةٍ)؛ لاختلافِ الجنس. قال ﷺ: جَعَلَ الدَّارَ والحانوتَ جِنسَينِ، وكذا ذَكَر الخَصَّافُ، وقال في إجارات الأصل: إنَّ إجارةَ مَنافعِ الدَّارِ بالحانوتِ لا تَجوزُ[3] وهذا يدلُّ على أنَّهما جِنسٌ واحدٌ، فَيُجعَلُ في المسألة روايتان، أو تُبنَى حُرمةُ الرِّبا هنالك على شُبهةِ المُجانَسَةِ.

---

(١) أي: في التَّوكيلِ والتَّزويج.

(٢) أي: تقييدُ وضعِ المسألةِ في مختصر القدوري، يعني به قوله: «وإذا كانت دُورٌ مُشتَرَكَةٌ في مِصرٍ واحدٍ ...». بناية.

(٣) أي: إجارةُ منافع الدَّار شهراً بِسُكنى حانوتٍ شهراً، لا يجوز. بناية.

فصل في كيفية القسمة

ويَنبغي للقاسِمِ أن يُصوِّرَ ما يَقسِمُهُ ويَعدِلَهُ ويَذْرَعَهُ ويُقوِّمَ البِناءَ، ويَفرِزَ كلَّ نَصيبٍ عن الباقي بِطَريقِهِ وشِرْبِهِ، حتَّى لا يكونَ لِنَصيبِ بَعضِهِم بِنَصيبِ الآخَرِ تَعلُّقٌ، ثمَّ يُلقِّبُ نَصيباً بالأوَّلِ، والذي يليه بالثَّاني، والثَّالثُ على هذا، ثمَّ يُخرِجُ القُرعَةَ، فَمَنْ خَرَجَ اسمُهُ أوَّلاً فلَهُ السَّهمُ الأوَّلُ، ومَنْ خَرَجَ ثانياً فلَهُ السَّهمُ الثَّاني، ....

(فصل في كيفية القسمة)

قال: (ويَنبغي للقاسِمِ أن يُصوِّرَ ما يَقسِمُهُ[1]) لِيُمكِنَه حِفظُهُ، (ويَعدِلَهُ) يعني: يُسوِّيهِ على سِهامِ القسمةِ. ويُروى «يَعزِلَه» أي: يَقطَعَه بالقسمة عن غيرِهِ، (ويَذْرَعَهُ) لِيَعرِفَ قَدرَه، (ويُقوِّمَ البِناءَ) لِحاجَتِهِ إليه في الآخرةِ، (ويَفرِزَ كلَّ نَصيبٍ عن الباقي بِطَريقِهِ وشِرْبِهِ، حتَّى لا يكونَ لِنَصيبِ بَعضِهِم بِنَصيبِ الآخَرِ تَعلُّقٌ)، فَتنقطِعَ المُنازَعةُ، ويَتحقَّقَ معنى القسمة على التَّمام.

(ثمَّ يُلقِّبُ نَصيباً بالأوَّلِ، والذي يليه بالثَّاني، والثَّالثُ على هذا، ثمَّ يُخرِجُ القُرعَةَ، فَمَنْ خَرَجَ اسمُهُ أوَّلاً فلَهُ السَّهمُ الأوَّلُ، ومَنْ خَرَجَ ثانياً فلَهُ السَّهمُ الثَّاني).

والأصلُ أن يَنظُرَ في ذلك إلى أقلِّ الأنصباءِ، حتَّى إذا كان الأقلُّ ثُلثاً جَعَلَها أثلاثاً، وإن كان سدساً جعَلَها أسداساً لِتُمكِنَ القسمةُ، وقد شرحناه مُشبَعاً في كفايةِ المُنتهي بتوفيق الله تعالى.

وقولُهُ في الكتاب: «ويَفرِزُ كلَّ نصيبٍ بطريقِهِ وشِرْبِهِ» بيانُ الأفضلِ، فإن لم يَفعلْ أو لم يُمكِنْ جازَ على ما نَذكُرُهُ بتفصيله إن شاء الله تعالى.

والقُرعةُ لِتَطييبِ القلوبِ وإزاحةِ تُهمةِ المَيلِ، حتَّى لو عيَّن لكلٍّ منهم نصيباً من غير إقراعٍ جازَ؛ لأنَّه في معنى القضاءِ، فَيملِكُ الإلزامَ.

---

(١) وذلك بأن يَكتُبَ على كاغِدَةٍ: إنَّ فلاناً نصيبُهُ كذا، وفلاناً نصيبُهُ كذا؛ لِيُمكِنَه حِفظُه إن أراد رَفْعَ تلك الكاغِدَةِ إلى القاضي؛ لِيتولَّى الإقراعَ بينهم بنفسه. عناية.

ولا يَدخُلُ في القسمةِ الدَّراهمُ والدَّنانيرُ إلَّا بتَراضِيهم. وإذا كان أرضٌ وبناءٌ، فعن أبي يوسف: أنَّه يَقسِمُ كلَّ ذلك على اعتبارِ القيمةِ، فإنْ قَسَمَ بينهم ولأحَدِهِم مَسيلٌ في نَصيبِ الآخَرِ، أو طريقٌ، لم يُشترَطْ في القِسمةِ، فإن أمكَنَ صَرْفُ الطَّريقِ والمَسيلِ عنه، ليس له أن يَستطرِقَ ويُسيِّلَ في نصيبِ الآخَرِ، وإنْ لم يُمكِنْ فُسِخَتِ القِسمةُ، ....

قال: (ولا يَدخُلُ في القسمةِ الدَّراهمُ والدَّنانيرُ إلَّا بتَراضِيهم)؛ لأنَّه لا شركةَ في الدَّراهمِ، والقِسمةُ من حُقوقِ الاشتراكِ، ولأنَّه يَفوتُ به التَّعديلُ في القسمةِ؛ لأنَّ أحَدَهما يَصِلُ إلى عينِ العَقارِ ودراهمُ الآخَرِ في ذِمَّتِهِ، ولعلَّها لا تَسلَمُ له.

(وإذا كان أرضٌ وبناءٌ، فعن أبي يوسف: أنَّه يَقسِمُ كلَّ ذلك على اعتبارِ القيمةِ)؛ لأنَّه لا يُمكِنُ اعتبارُ المُعادَلَةِ إلَّا بالتَّقويم.

وعن أبي حنيفة: أنَّه يَقسِمُ الأرضَ بالمساحةِ؛ لأنَّه هو الأصلُ في المَمسُوحاتِ، ثمَّ يَرُدُّ مَن وقَعَ البناءُ في نَصيبِهِ، أو مَن كان نَصيبُهُ أجوَدَ، دراهمَ على الآخَرِ حتَّى يُساويهِ، فتدخُلُ الدَّراهمُ في القسمةِ ضرورةً، كالأخِ لا وِلايةَ له في المالِ، ثمَّ يَملِكُ تسميةَ الصَّداقِ ضرورةَ التَّزويج.

وعن محمَّد: أنَّه يَرُدُّ على شَريكِهِ بِمُقابَلَةِ البناءِ ما يُساوِيهِ من العَرَصةِ، وإذا بقي فَضْلٌ ولم يُمكِنْ تحقيقُ التَّسويةِ، بأن كان لا تفي العَرَصةُ بقيمةِ البناءِ، فحينئذٍ يَرُدُّ لِلفَضلِ دراهمَ؛ لأنَّ الضَّرورةَ في هذا القَدرِ، فلا يُترَكُ الأصلُ إلَّا بها. وهذا يُوافِقُ روايةَ الأصلِ[1].

قال: (فإنْ قَسَمَ بينهم ولأحَدِهِم مَسيلٌ في نَصيبِ الآخَرِ، أو طريقٌ، لم يُشتَرَطْ في القِسمةِ، فإن أمكَنَ صَرْفُ الطَّريقِ والمَسيلِ عنه، ليس له أن يَستطرِقَ ويُسيِّلَ في نصيبِ الآخَرِ)؛ لأنَّه أمكَنَ تحقيقُ معنى القسمةِ من غير ضررٍ، (وإنْ لم يُمكِنْ فُسِخَتِ القِسمةُ)؛ لأنَّ القسمةَ مُختلَّةٌ لبقاءِ الاختلاطِ، فَتُستأنَفُ.

---

(١) أي: ما روي عن محمَّد يوافقُ روايةَ المبسوط.

ولو اختَلَفُوا في رَفْعِ الطَّريقِ بينهم في القِسمَةِ: ....

بخلافِ البيعِ حيثُ لا يَفسُدُ في هذه الصُّورةِ؛ لأنَّ المقصودَ منه تَملُّكُ العينِ، وأنَّه يُجامِعُ تَعذُّرَ الانتفاعِ في الحال[1]، أمَّا القِسمةُ فلِتَكميلِ المَنفعَةِ ولا يتمُّ ذلك إلَّا بالطَّريق.

ولو ذَكَرَ الحقوقَ في الوَجهِ الأوَّلِ[2] كذلك الجَوابُ؛ لأنَّ معنى القسمةِ الإفرازُ والتَّميزُ، وتمامُ ذلك بأن لا يَبقَى لكلِّ واحدٍ تعلُّقٌ بِنَصيبِ الآخَرِ، وقد أمكَنَ تحقيقُهُ بِصَرفِ الطَّريقِ والمَسيلِ إلى غَيرِهِ من غيرِ ضَررٍ، فَيُصارُ إليه.

بخلافِ البيعِ إذا ذَكَرَ فيه الحُقوقَ، حيثُ يدخلُ فيه ما كان له من الطَّريقِ والمَسيلِ؛ لأنَّه أمكَنَ تحقيقُ معنى البيعِ - وهو التَّمليكُ - مع بقاءِ هذا التَّعلُّقِ بِملكِ غيرِهِ.

وفي الوجهِ الثَّاني[3] يدخلُ فيها؛ لأنَّ القسمةَ لِتَكميلِ المَنفعةِ، وذلك بالطَّريقِ والمَسيلِ، فيدخلُ عندَ التَّنصيصِ باعتبارِهِ، وفيها معنى الإفرازِ، وذلك بانقطاعِ التَّعلُّقِ على ما ذكرنا، فباعتبارِهِ[4] لا يدخلُ من غيرِ تنصيص.

بخلاف الإجارةِ حيثُ يدخلُ فيها بدونِ التَّنصيصِ؛ لأنَّ كلَّ المَقصودِ الانتفاعُ، وذلك لا يَحصُلُ إلَّا بإدخالِ الشِّربِ والطَّريقِ، فيدخلُ من غير ذِكْرٍ.

(ولو اختَلَفُوا في رَفْعِ الطَّريقِ بينهم في القِسمَةِ[5]):

---

(١) أي: كما لو اشترى رضيعةً، فإنَّ البيع صحيحٌ مع أنَّه لا يَنتفِعُ بها.

(٢) وهو إذا أمكنَ صرفُ الطَّريقِ والمَسيلِ عن نصيب الآخر.

(٣) وهو إذا لم يمكن صَرْفُ المسيلِ والطَّريقِ.

(٤) أي: فباعتبار معنى الإفراز.

(٥) بأن قال بعضهم: لا نَدَعُ طريقاً مُشتَرَكاً بيننا، بل نَقسِمُ الكلَّ. وقال بعضُهُم: بل نَدَع. وعليه فالمراد من رفع الطَّريق: أن يُترَكَ بين جماعتهم مشتركاً بينهم كما كان، ويُرفَعُ من القسمة ولا يَدخُلُ فيها.

إن كان يَستقيمُ لكلِّ واحدٍ طريقٌ يَفتَحُهُ في نَصيبِهِ، قَسَمَ الحاكمُ من غَيرِ طَريقٍ يُرفَعُ لِجَماعَتِهِم، وإنْ كان لا يَستقيمُ ذلكَ، رَفَعَ طَرِيقاً بينَ جَماعَتِهِم، ولو اختَلَفُوا في مِقدارِهِ، جُعِلَ على عَرْضِ بابِ الدَّارِ وطُولِهِ، والطَّريقُ على سِهامِهِم كما كان قبلَ القِسمةِ، ولو شَرَطُوا أنْ يَكونَ الطَّريقُ بينهما أثلاثاً، جازَ وإن كانَ أصلُ الدَّارِ نِصفَينِ. وإذا كان سُفْلٌ لا عُلْوَ عليه، وعُلْوٌ لا سُفلَ له، وسُفلٌ له عُلْوٌ، قَوَّمَ كلَّ واحدٍ على حِدَتِهِ وقَسَمَ بالقيمة، ولا مُعتَبَرَ بِغَيرِ ذلك.

- (إن كان يَستقيمُ لكلِّ واحدٍ طريقٌ يَفتَحُهُ في نَصيبِهِ، قَسَمَ الحاكمُ من غَيرِ طَريقٍ يُرفَعُ لِجَماعَتِهِم)؛ لِتحقُّقِ الإفرازِ بالكليَّةِ دونَهُ.

- (وإنْ كان لا يَستقيمُ ذلكَ، رَفَعَ طَرِيقاً بينَ جَماعَتِهِم)؛ لِيَتحقَّقَ تكميلُ المَنفعةِ فيما وراءَ الطَّريقِ.

(ولو اختَلَفُوا في مِقدارِهِ، جُعِلَ على عَرْضِ بابِ الدَّارِ وطُولِهِ)؛ لأنَّ الحاجةَ تَندفِعُ به، (والطَّريقُ على سِهامِهِم كما كان قبلَ القِسمةِ)؛ لأنَّ القسمةَ فيما وراءَ الطَّريقِ لا فيه.

(ولو شَرَطُوا أنْ يَكونَ الطَّريقُ بينهما أثلاثاً، جازَ وإن كانَ أصلُ الدَّارِ نِصفَينِ)؛ لأنَّ القسمةَ على التَّفاضُلِ جائزةٌ بالتَّراضي.

قال: (وإذا كان سُفْلٌ لا عُلْوَ عليه، وعُلْوٌ لا سُفلَ له، وسُفلٌ له عُلْوٌ، قَوَّمَ كلَّ واحدٍ على حِدَتِهِ وقَسَمَ بالقيمة، ولا مُعتَبَرَ بِغَيرِ ذلك). قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: هذا عند محمد رَحِمَهُ اللهُ. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رَحِمَهُمَا اللهُ: يُقسَمُ بالذَّرعِ.

لمحمَّد: أنَّ السُّفلَ يَصلُحُ لِما لا يَصلُحُ له العُلْوُ من اتِّخاذِهِ بِئرَ ماءٍ أو سِرداباً أو إصطبلاً أو غيرَ ذلك، فلا يَتحقَّقُ التَّعديلُ إلَّا بالقيمة.

وهما يقولان: إنَّ القِسمةَ بالذَّرعِ هي الأصل؛ لأنَّ الشَّركةَ في المَذروعِ لا في القيمةِ، فَيُصارُ إليه ما أمكَنَ، والمُراعَى التَّسويةُ في السُّكنى لا في المَرافِقِ.

ثُمَّ اختلفا فيما بينهما في كيفيَّةِ القِسمةِ بالذَّرع، فقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: ذراعٌ من سُفلٍ بِذراعَينِ من عُلْوٍ، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللهُ: ذِراعٌ بذراعٍ. قيل: أجاب كلُّ واحدٍ منهم على عادةِ أهلِ عَصرِهِ أو أهل بَلدِهِ، في تَفضيلِ السُّفلِ على العُلوِ واستوائِهما وتَفضيلِ السُّفلِ مرَّةً والعُلوِ أخرى. وقيل: هو اختلافُ معنىً.

ووجهُ قولِ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ مَنفعَةَ السُّفلِ تَربُو على مَنفعَةِ العُلْو بِضِعْفِهِ؛ لأنَّها تَبقَى بعدَ فَواتِ العُلْوِ، ومَنفعَةُ العُلوِ لا تَبقَى بعد فناءِ السُّفلِ، وكذا السُّفلُ فيه مَنفعَةُ البناءِ والسُّكنى، وفي العُلْوِ السُّكنى لا غير؛ إذْ لا يُمكِنُهُ البناءُ على عُلوِهِ إلَّا بِرِضا صاحبِ السُّفلِ، فَيُعتَبَرُ ذراعانِ منه بذراعٍ من السُّفلِ.

ولأبي يوسف: أنَّ المقصودَ أصلُ السُّكنى، وهما يَتساوَيان فيه، والمَنفعتانِ مُتماثِلتانِ؛ لأنَّ لكلِّ واحدٍ منهما أن يَفعَلَ ما لا يَضرُّ بالآخَرِ على أصلِهِ.

ولمحمد: أنَّ المَنفعةَ تَختلِفُ باختلافِ الحَرِّ والبَردِ بالإضافةِ إليهما، فلا يُمكِنُ التَّعديلُ إلَّا بالقيمةِ. والفتوى اليوم على قولِ محمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ، وقولُهُ لا يَفتقِرُ إلى التَّفسير.

وتفسيرُ قَولِ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ في مسألةِ الكتابِ، أن يُجعَلَ بِمُقابَلَةِ مائةِ ذراعٍ من العُلْوِ المُجرَّدِ ثلاثةٌ وثلاثونَ وثُلُثُ ذراعٍ من البيتِ الكامِلِ؛ لأنَّ العُلْوَ مثلُ نِصفِ السُّفلِ، فثلاثةٌ وثلاثونَ وثُلُثٌ من السُّفلِ سِتَّةٌ وستُّونَ وثُلُثانِ من العُلْوِ المُجرَّدِ، ومعه ثلاثةٌ وثلاثونَ وثُلُثُ ذراعٍ من العُلْوِ، فبَلَغَت مائةَ ذراعٍ تساوي مائةً من العُلوِ المُجرَّدِ. ويُجعَلَ بِمُقابلَةِ مائةِ ذراعٍ من السُّفلِ المُجرَّدِ من البيتِ الكاملِ ستَّةٌ وسِتُّونَ وثُلُثا ذراعٍ؛ لأنَّ عُلوَهُ مِثلُ نصفِ سُفلِهِ، فبَلَغَت مائةَ ذراعٍ كما ذكرنا، والسُّفلُ المُجرَّدُ ستَّةٌ وستُّونَ وثُلُثانِ؛ لأنَّه ضِعفُ العُلوِ فَيُجعَلُ بِمُقابَلَةِ مثلِهِ.

وتفسيرُ قولِ أبي يوسف: أنْ يُجعَلَ بإزاءِ خمسينَ ذراعاً من البيتِ الكاملِ مائةُ ذراعٍ من السُّفلِ المُجرَّدِ، ومائةُ ذراعٍ من العُلوِ المُجرَّدِ؛ لأنَّ السُّفلَ والعُلوَ عنده سواءٌ، فخمسونَ ذراعاً من البيتِ الكاملِ بمنزلةِ مائةِ ذراعٍ، خمسونَ منها سُفلٌ وخمسونَ منها عُلوٌ.

وإذا اختَلَفَ المُتقاسِمُونَ، وشَهِدَ القاسِمانِ، قُبِلَتْ شَهادَتُهما، ولو شَهِدَ قاسِمٌ واحدٌ لا تُقبَلُ.

قال: (وإذا اختَلَفَ المُتقاسِمُونَ، وشَهِدَ القاسِمانِ، قُبِلَتْ شَهادَتُهما[1]).

قال رضي الله عنه: هذا الذي ذكرَهُ قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا تُقبَلُ، وهو قولُ أبي يوسف أوّلاً، وبه قال الشَّافعيُّ. وذكَرَ الخَصَّافُ قولَ محمَّدٍ مع قولهما، وقاسِما القاضي وغيرُهما سواء.

لمحمد: أنَّهما شَهِدا على فِعلِ أنفسِهما فلا تُقبَلُ، كَمَن عَلَّقَ عِتقَ عَبدِهِ بِفِعلِ غيرِهِ، فشَهِدَ ذلك الغيرُ على فِعلِهِ.

ولهما: أنَّهما شَهِدا على فعلِ غيرِهما، وهو الاستيفاءُ والقبضُ، لا على فعلِ أنفسِهما؛ لأنَّ فِعلَهُما التَّمييزُ، ولا حاجةَ إلى الشَّهادةِ عليه، أو لأنَّه لا يَصلُحُ مشهوداً به لِما أنَّه غيرُ لازمٍ، وإنَّما يَلزَمُهُ بالقبضِ والاستيفاء، وهو فِعلُ الغيرِ، فتُقبلُ الشَّهادةُ عليه.

وقال الطَّحاويُّ: إذا قَسَما بأجرٍ لا تُقبَلُ الشَّهادةُ بالإجماع، وإليه مال بعضُ المشايخ؛ لأنَّهما يَدَّعيان إيفاءَ عملٍ استؤجِرا عليه، فكانت شهادةً صورةً ودعوى معنىً، فلا تُقبلُ، إلَّا أنا نقول: هما لا يَجرُّانِ بهذهِ الشَّهادةِ إلى أنفسِهما مَغنَماً؛ لاتِّفاقِ الخُصومِ على إيفائِهما العملَ المُستأجَرَ عليه، وهو التَّمييزُ، وإنَّما الاختلافُ في الاستيفاء، فانتفَتِ التُّهمةُ.

(ولو شَهِدَ قاسِمٌ واحدٌ لا تُقبَلُ)؛ لأنَّ شهادةَ الفَردِ غيرُ مَقبولةٍ على الغير.

ولو أمَرَ القاضي أمينَهُ بِدَفعِ المالِ إلى آخَرَ، يُقبَلُ قولُ الأمينِ في دَفعِ الضَّمانِ عن نفسِهِ، ولا يُقبَلُ في إلزامِ الآخَرِ إذا كان مُنكِراً، والله أعلم.

---

[1] صورته: دارٌ قُسِمتْ بين ورثةٍ أو مشترين، وأنكر بعضُهم أنَّه استوفى نصيبَهُ، فشَهِد عليهما القاسمان، قُبلت شهادتُهما.

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

وإذا ادَّعى أحَدُهُم الغَلَطَ وزَعَمَ أنَّ مِمَّا أصابَهُ شيئاً في يَدِ صاحِبِهِ، وقد أشهَدَ على نَفسِهِ بالاستيفاءِ، لم يُصَدَّقْ على ذلكَ إلَّا بِبيِّنةٍ، فإنْ لم يَكُنْ له بيِّنةٌ استَحْلَفَ الشُّركاءَ، فَمَنْ نَكَلَ منهم جَمَعَ بينَ نَصيبِ النَّاكِلِ والمُدَّعِي، فَيُقسَمُ بينَهُما على قَدْرِ أنصِبائِهِما. وإنْ قال: «قدِ استَوفَيتُ حقِّي وأَخذتُ بَعْضَهُ»، فالقَولُ قَولُ خَصمِهِ مع يَمينِهِ. وإنْ قال: «أصابَنِي إلى مَوضِعِ كذا، فَلَمْ يُسلِّمْهُ إليَّ» ولم يُشهِدْ على نَفسِهِ بالاستيفاءِ، وكَذَّبَهُ شَرِيكُهُ، تَحالَفَا وفُسِختِ القِسمَةُ. ....

(باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها)

قال: (وإذا ادَّعى أحَدُهُم الغَلَطَ وزَعَمَ أنَّ مِمَّا أصابَهُ شيئاً في يَدِ صاحِبِهِ، وقد أشهَدَ على نَفسِهِ بالاستيفاءِ، لم يُصَدَّقْ على ذلكَ إلَّا بِبيِّنةٍ)؛ لأنَّه يدَّعي فَسْخَ القِسمةِ بعد وُقوعِها، فلا يُصدَّقُ إلَّا بِحُجَّةٍ.

(فإنْ لم يَكُنْ له بيِّنةٌ استَحْلَفَ الشُّركاءَ، فَمَنْ نَكَلَ منهم جَمَعَ بينَ نَصيبِ النَّاكِلِ والمُدَّعِي، فَيُقسَمُ بينَهُما على قَدْرِ أنصِبائِهِما)؛ لأنَّ النُّكولَ حجَّةٌ في حقِّهِ خاصَّةً، فَيُعاملانِ على زَعمِهِما.

قال رضي الله عنه: ينبغي أن لا تُقبَلَ دعواهُ أصلاً لِتَناقضِهِ[(١)]، وإليه أشار مِنْ بعد[(٢)].

(وإنْ قال: «قدِ استَوفَيتُ حقِّي وأَخذتُ بَعْضَهُ» فالقَولُ قَولُ خَصمِهِ مع يَمينِهِ)؛ لأنَّه يدَّعي عليه الغَصْبَ، وهو مُنكِرٌ.

(وإنْ قال: «أصابَنِي إلى مَوضِعِ كذا، فَلَمْ يُسلِّمْهُ إليَّ» ولم يُشهِدْ على نَفسِهِ بالاستيفاءِ، وكَذَّبَهُ شَرِيكُهُ، تَحالَفَا وفُسِختِ القِسمَةُ)؛ لأنَّ الاختلافَ في مِقدارِ ما حَصلَ له بالقسمةِ، فصار نَظيرَ الاختلافِ في مِقدارِ المَبيعِ على ما ذكرنا من

---

(١) يعني: وإن أقام البيِّنةَ لِتَناقضه، لأنَّه إذا أشهَدَ على نفسه، أي: أقَرَّ بالاستيفاءِ، والاستيفاءُ عبارةٌ عن قَبضِ الحقِّ بكمالِهِ، كان الدَّعوى بعد ذلك تناقضاً. عناية.

(٢) يريدُ قولَهُ بعد قليل: «وإنْ قال: أصابني إلى مَوضِعِ كذا، فلم يُسلِّمْه إليَّ، ولم يُشهِدْ على نَفسِهِ بالاستيفاءِ وكذَّبه شريكُهُ ...»إلخ.

ولوِ اختَلَفا في التَّقويمِ لم يَلتَفِتْ إليه، إلَّا إذا كانتِ القِسمةُ بِقَضاءِ القاضي والغَبنُ فاحشٌ. ولَوِ اقتَسَما داراً وأصابَ كلُّ واحدٍ طائفةً، فادَّعَى أحَدُهُما بيتاً في يدِ الآخَرِ أنَّه مِمَّا أصابَهُ بِالقِسمَةِ، وأنكرَ الآخَرُ، فَعَلَيهِ إقامةُ البَيِّنةِ، وإنْ أقاما البَيِّنةَ يُؤخَذُ بِبيِّنةِ المُدَّعي، وإنْ كان قَبْلَ الإشهادِ على القَبضِ تَحالَفا وتَرادَّا، وكذا إذا اختَلَفا في الحُدُودِ وأقاما البَيِّنةَ، يُقضَى لكلِّ واحدٍ بِالجُزءِ الذي هو في يَدِ صاحِبِهِ، وإنْ قامَتْ لأحَدِهما بيِّنةٌ قُضِيَ له، وإنْ لم تَقُمْ لواحدٍ منهما تحالَفا.

أحكام التَّحالُفِ فيما تقدَّم.

(ولوِ اختَلَفا في التَّقويمِ لم يَلتَفِتْ إليه)؛ لأنَّه دعوى الغَبنِ، ولا مُعتَبَرَ به في البيع[1]، فكذا في القسمةِ لِوُجودِ التَّراضي، (إلَّا إذا كانتِ القِسمةُ بِقَضاءِ القاضي والغَبنُ فاحشٌ)؛ لأنَّ تَصرُّفَهُ مُقيَّدٌ بالعَدلِ[2].

(ولَوِ اقتَسَما داراً وأصابَ كلُّ واحدٍ طائفةً، فادَّعَى أحَدُهما بيتاً في يدِ الآخَرِ أنَّه مِمَّا أصابَهُ بِالقِسمَةِ، وأنكرَ الآخَرُ، فَعَلَيهِ إقامةُ البَيِّنةِ)؛ لما قلنا[3]، (وإنْ أقاما البَيِّنةَ يُؤخَذُ بِبيِّنةِ المُدَّعي)؛ لأنَّه خارجٌ، وبيِّنةُ الخارجِ تَترجَّحُ على بيِّنةِ ذي اليد، (وإنْ كان[4] قَبْلَ الإشهادِ على القَبضِ تَحالَفا وتَرادَّا).

(وكذا إذا اختَلَفا في الحُدُودِ وأقاما البَيِّنةَ، يُقضَى لكلِّ واحدٍ بِالجُزءِ الذي هو في يَدِ صاحِبِهِ[5])؛ لِما بيَّنَّا[6]، (وإنْ قامَتْ لأحَدِهما بيِّنةٌ قُضِيَ له، وإنْ لم تَقُمْ لواحدٍ منهما تَحالَفا) كما في البيع.

---

(١) أي: بأن اشترى شيئاً بثمنٍ معلومٍ، ثمَّ ادَّعى فيه الغَبنَ، فإنَّه لا تُسمعُ دعواه.

(٢) أي: لأنَّ تصرُّفَ القاضي مقيَّدٌ بالعدلِ، فإذا ظهر الغَبنُ الفاحشُ، ظهر أنَّ القضاءَ كان غيرَ عادلٍ. بناية.

(٣) إشارةٌ إلى قوله: «لم يُصدَّق على ذلك إلا بِبيِّنة؛ لأنَّه يدَّعي فسخَ القسمةِ بعدَ وُقوعِها».

(٤) أي: إن كان ما ادَّعياه قبلَ ... إلخ.

(٥) قيل: صورتُهُ: دارٌ اقتَسَمَها رجلانِ، فأصابَ أحَدُهما جانباً منه، وفي طَرَفِ حدِّهِ بيتٌ في يدِ صاحبِهِ، وأصابَ الآخَرُ جانباً، وفي طرَفِ حدِّهِ بيتٌ في يدِ صاحبِهِ فادَّعى كلُّ واحدٍ منهما أنَّ البيتَ الذي في يدِ صاحِبِهِ داخلٌ في حدِّهِ، وأقاما البيِّنةَ، يُقضَى لكلِّ واحدٍ بالجُزءِ الذي في يَدِ صاحبِهِ. عناية.

(٦) يعني: قوله: «لأنَّه خارجٌ، وبيِّنةُ الخارجِ تُرجَّحُ على بيِّنةِ ذي اليد».

فصل

وإذا استُحِقَّ بعضُ نَصيبِ أحَدِهما بِعَينِهِ، لم تُفسَخِ القِسمَةُ عند أبي حنيفةَ، ورَجَعَ بِحِصَّةِ ذلك في نَصيبِ صاحِبِهِ، وقال أبو يوسف: تُفسَخُ القسمةُ. ....

(فصل [في الاستحقاق])[1]

قال: (وإذا استُحِقَّ بعضُ نَصيبِ أحَدِهما بِعَينِهِ، لم تُفسَخِ القِسمَةُ عند أبي حنيفةَ، ورَجَعَ بِحِصَّةِ ذلك في نَصيبِ صاحِبِهِ. وقال أبو يوسف: تُفسَخُ القسمةُ).

قال رضي الله عنه: ذَكَرَ الاختلافَ في استحقاقِ بعضٍ بِعَينِهِ، وهكذا ذَكَرَ في الأسرار[2]. والصَّحيحُ أنَّ الاختلافَ في استحقاقِ بعضٍ شائعٍ من نصيبِ أحَدِهما، فأمَّا في استحقاقِ بعضٍ مُعيَّنٍ لا تُفسَخُ القسمةُ بالإجماعِ، ولو استُحِقَّ بعضٌ شائعٌ في الكلِّ تُفسَخُ بالاتِّفاق، فهذه ثلاثةُ أوجهٍ.

ولم يَذكُرْ قولَ محمَّدٍ، وذكَرَه أبو سليمانَ مع أبي يوسفَ، وأبو حَفصٍ مع أبي حنيفة، وهو الأصحُّ.

لأبي يوسف: أنَّ باستحقاقِ بعضٍ شائعٍ ظَهَرَ شريكٌ ثالثٌ لهما، والقسمةُ بدونِ رِضاهُ باطلةٌ، كما إذا استُحِقَّ بعضٌ شائعٌ في النَّصيبين، وهذا لأنَّ باستحقاقِ جُزءٍ شائعٍ يَنعدِمُ معنى القسمةِ، وهو الإفرازُ؛ لأنَّه يُوجِبُ الرُّجوعَ بِحِصَّتِهِ في نَصيبِ الآخَرِ شائعاً، بخلاف المُعيَّن[3].

---

(١) زيادة من (ج).

(٣) لأنَّ في استحقاق بعضٍ معيَّنٍ يقعُ الإفرازُ فيما وراءه، فيكونُ المستحقُّ عليه بالخيار، إن شاء أبطلَ القسمةَ لأنَّه استُحِقَّ بعضُ المعقودِ عليه، والتَّنقيصُ في الأعيانِ عيبٌ، والعيبُ يوجب الخيارَ، وإن شاء لم يُبطِلِ القسمةَ، ورجع على صاحبه بربع ما في يدِهِ اعتباراً للجزء بالكلِّ. بناية.

ولو وَقَعتِ القِسمَةُ ثُمَّ ظَهَرَ في التَّرِكَةِ دَينٌ مُحيطٌ، رُدَّتِ القِسمةُ. ....

ولهما: أنَّ معنى الإفرازِ لا يَنعدِمُ باستحقاقِ جُزءٍ شائعٍ في نَصيبِ أحدِهما، ولهذا جازتِ القِسمةُ على هذا الوجهِ في الابتداءِ، بأن كان النِّصفُ المُقدَّمُ مُشتَرَكاً بينهما وبينَ ثالثٍ، والنِّصفُ المُؤخَّرُ بينهما لا شَرِكةَ لغيرهما فيه، فاقتسما على أنَّ لأحدِهما ما لهما من المُقدَّمِ ورُبعِ المُؤخَّرِ يجوز فكذا في الانتهاءِ، وصار كاستحقاقِ شيءٍ مُعيَّنٍ.

بخلافِ الشَّائعِ في النَّصيبينِ؛ لأنَّه لو بَقِيتِ القسمةُ لَتَضرَّرَ الثَّالثُ بِتَفرُّقِ نصيبِهِ في النَّصيبَينِ، أمَّا هاهنا لا ضَرَرَ بالمُستحِقِّ فافترقا.

وصورةُ المسألةِ: إذا أخَذَ أحدُهُما الثُّلُثَ المُقدَّمَ من الدَّارِ، والآخَرُ الثُّلثَينِ من المُؤخَّرِ، وقِيمَتُهُما سواءٌ، ثمَّ استُحِقَّ نِصفُ المُقدَّمِ، فعندهما: إن شاءَ نَقَضَ القسمةَ دفعاً لِعَيبِ التَّشقيصِ، وإنْ شاءَ رَجَعَ على صاحبِهِ بِرُبعِ ما في يدِهِ من المُؤخَّرِ؛ لأنَّه لو استُحِقَّ كلُّ المُقدَّمِ رَجَعَ بنصفِ ما في يدِهِ، فإذا استُحِقَّ النِّصفُ رَجَعَ بنصفِ النِّصفِ - وهو الرُّبعُ - اعتباراً للجزءِ بالكلِّ.

ولو باعَ صاحبُ المُقدَّمِ نِصفَهُ، ثمَّ استُحِقَّ النِّصفُ الباقي شائعاً، رجَعَ بِرُبعِ ما في يدِ الآخَرِ عندهما؛ لِما ذكرنا، وسَقَطَ خيارُهُ بِبَيعِ البعضِ. وعند أبي يوسف: ما في يَدِ صاحبِهِ بينهما نصفانِ، ويَضمَنُ قِيمَةَ نصفِ ما باعَ لصاحبِهِ؛ لأنَّ القِسمةَ تَنقلِبُ فاسدةً عنده، والمقبوضُ بالعقدِ الفاسِدِ مَملوكٌ، فنَفَذَ البيعُ فيه، وهو مضمونٌ بالقيمةِ، فَيضمنُ نِصفَ نصيبِ صاحبِهِ.

قال: (ولو وَقَعتِ القِسمَةُ ثُمَّ ظَهَرَ في التَّرِكَةِ دَينٌ مُحيطٌ، رُدَّتِ القِسمةُ)؛ لأنَّه يَمنَعُ وُقوعَ المِلكِ لِلوارثِ، وكذا إذا كان غيرَ مُحيطٍ لِتَعلُّقِ حَقِّ الغُرماءِ بالتَّرِكةِ، إلَّا إذا بقي من التَّركةِ ما يَفي بالدَّينِ وراءَ ما قَسَمَ؛ لأنَّه لا حاجةَ إلى نَقضِ القسمةِ في إيفاءِ حقِّهم.

ولو أبرأه الغُرَماءُ بعدَ القسمةِ، أو أدَّاهُ الوَرثَةُ من مالِهِم، والدَّينُ مُحيطٌ أو غيرُ مُحيطٌ، جازتِ القسمةُ.

فصل في المهايأة

(ولو أبرأه الغُرَماءُ بعدَ القسمةِ، أو أدَّاهُ الوَرثَةُ من مالِهِم، والدَّينُ مُحيطٌ أو غيرُ مُحيطٌ، جازتِ القسمةُ)؛ لأنَّ المانع قد زال.

ولوِ ادَّعى أحدُ المُتقاسِمَينِ دَيناً في التَّركةِ صَحَّ دعواهُ؛ لأنَّه لا تَناقُض؛ إذِ الدَّينُ يَتعلَّقُ بالمعنى، والقِسمَةُ تُصادِفُ الصُّورةَ.

ولوِ ادَّعى عَيناً بأيِّ سببٍ كان، لم يُسمَعْ لِلتَّناقُضِ؛ إذِ الإقدامُ على القسمةِ اعترافٌ بِكَونِ المَقسومِ مُشتَرَكاً.

(فصل في المهايأة)

المُهايأةُ جائزةٌ استحساناً للحاجةِ إليه؛ إذْ قد يَتعذَّرُ الاجتماعُ على الانتفاعِ، فأشبَهَ القِسمةَ، ولهذا يَجري فيه جَبْرُ القاضي كما يَجرِي في القِسمَةِ، إلَّا أنَّ القِسمةَ أقوى منه في استكمالِ المَنفعةِ؛ لأنَّه[1] جَمْعُ المَنافِعِ في زمانٍ واحدٍ، والتَّهايُؤُ جَمْعٌ على التَّعاقُبِ، ولهذا لو طَلَبَ أحدُ الشَّريكينِ القِسمةَ والآخَرُ المُهايأةَ، يَقسِمُ القاضي؛ لأنَّه أبلَغُ في التَّكميل.

ولو وَقَعَتْ فيما يَحتَمِلُ القِسمَةَ، ثمَّ طَلَبَ أحَدُهُما القِسمَةَ، يَقسِمُ وتَبطُلُ المُهايأةُ؛ لأنَّه أبلَغُ.

ولا يَبطُلُ التَّهايُؤُ بِموتِ أحَدِهِما ولا بِمَوتِهِما؛ لأنَّه لوِ انتَقَضَ لاستَأنَفَهُ الحاكمُ، فلا فائدةَ في النَّقضِ ثُمَّ الاستئنافِ.

---

(١) أي: القسمةُ. والتَّذكيرُ باعتبار القَسمِ. بناية.

ولو تَهايَآ في دارٍ واحدةٍ على أنْ يَسكُنَ هذا طائِفةً وهذا طائِفةً، أو هذا عُلْوَها وهذا سُفْلَها، جاز، ولِكُلِّ واحدٍ أن يَستغِلَّ ما أصابَهُ بالمُهايأةِ، شَرَطَ ذلك في العَقدِ أو لم يَشتَرِطْ. ولو تَهايَآ في عَبدٍ واحدٍ على أنْ يَخدُمَ هذا يوماً وهذا يوماً، جازَ؛ لأنَّ المُهايأةَ قد تكونُ في الزَّمانِ، وقد تكونُ مِنْ حيثُ المَكانُ. ولَوِ اختَلَفا في التَّهايُؤِ مِنْ حيثُ الزَّمانُ والمَكانُ في مَحلٍّ يَحتَمِلُهُما، يَأمُرُهُما القاضي بأنْ يَتَّفِقا، فإنِ اختاراهُ مِنْ حيثُ الزَّمانُ يُقرَعُ في البدايةِ. ولو تَهايَآ في العَبدَينِ على أنْ يَخدُمَ هذا هذا العبدُ والآخَرَ الآخَرُ، جازَ عندهما. ....

(ولو تَهايَآ في دارٍ واحدةٍ على أنْ يَسكُنَ هذا طائِفةً وهذا طائِفةً، أو هذا عُلْوَها وهذا سُفْلَها، جاز)؛ لأنَّ القِسمةَ على هذا الوجهِ جائزةٌ، فكذا المُهايأةُ، والتَّهايُؤُ في هذا الوجهِ إفرازٌ لِجَميعِ الأنصباءِ، لا مبادَلَةٌ، ولهذا لا يُشتَرَطُ فيه التَّأقيت، (ولِكُلِّ واحدٍ أن يَستغِلَّ ما أصابَهُ بالمُهايأةِ، شَرَطَ ذلك في العَقدِ أو لم يَشتَرِطْ)؛ لِحُدوثِ المَنافعِ على مِلكِهِ.

(ولو تَهايَآ في عَبدٍ واحدٍ على أنْ يَخدُمَ هذا يوماً وهذا يوماً، جازَ)، وكذا هذا في البيتِ الصَّغير؛ (لأنَّ المُهايأةَ قد تكونُ في الزَّمانِ، وقد تكونُ مِنْ حيثُ المَكانُ)، والأوَّلُ مُتعيِّنٌ هاهنا.

(ولَوِ اختَلَفا في التَّهايُؤِ مِنْ حيثُ الزَّمانُ والمَكانُ في مَحلٍّ يَحتَمِلُهُما، يَأمُرُهُما القاضي بأنْ يَتَّفِقا)؛ لأنَّ التَّهايُؤَ في المكانِ أعدَلُ وفي الزَّمانِ أكمَلُ، فلمَّا اختَلَفَتِ الجِهةُ لا بدَّ من الاتِّفاقِ، (فإنِ اختاراهُ مِنْ حيثُ الزَّمانُ يُقرَعُ في البدايةِ) نَفْياً لِلتُّهمةِ.

(ولو تَهايَآ في العَبدَينِ على أنْ يَخدُمَ هذا هذا العبدُ والآخَرَ الآخَرُ، جازَ عندهما)؛ لأنَّ القِسمةَ على هذا الوجهِ جائزةٌ عندهما جَبْراً من القاضي وبالتَّراضي، فكذا المُهايأة.

وقيل: عند أبي حنيفة لا يَقسِمُ القاضي. وهكذا رُوي عنه؛ لأنَّه لا يَجري فيه

ولو تَهايآ فيهما على أنَّ نَفَقَةَ كلِّ عبدٍ على مَنْ يَأخُذُهُ، جازَ. ولو تَهايآ في دارَينِ على أن يَسكُنَ كلُّ واحدٍ منهما داراً، جازَ ويُجبرُ القاضي عليه. وفي الدَّابَّتينِ لا يَجوزُ التَّهايُؤُ على الرُّكوبِ عند أبي حنيفة، وعندهما يجوزُ. ....

الجَبْرُ عنده. والأصحُّ أنَّه يَقسِمُ القاضي عنده أيضاً؛ لأنَّ المنافعَ من حيثُ الخِدمةُ قَلَّما تتفاوتُ، بخلافِ أعيانِ الرَّقيقِ؛ لأنَّها تتفاوتُ تفاوتاً فاحشاً على ما تقدَّم.

(ولو تَهايآ فيهما[1] على أنَّ نَفَقَةَ كلِّ عبدٍ على مَنْ يَأخُذُهُ، جازَ) استحساناً؛ لِلمُسامحةِ في إطعامِ المَماليكِ، بخلافِ شَرطِ الكِسوةِ لأنَّه لا يُسامَحُ فيها.

(ولو تَهايآ في دارَينِ على أن يَسكُنَ كلُّ واحدٍ منهما داراً، جازَ ويُجبرُ القاضي عليه)، وهذا عندهما ظاهرٌ؛ لأنَّ الدَّارينِ عندهما كدارٍ واحدةٍ.

وقد قيل: لا يُجبرُ عنده اعتباراً بالقسمة. وعن أبي حنيفة: أنَّه لا يَجوزُ التَّهايُؤُ فيهما أصلاً بالجَبْرِ لِما قلنا[2]، وبالتَّراضي لأنَّه بيعُ السُّكنى بالسُّكنى، بخلافِ قِسمَةِ رَقَبتِهِما[3]؛ لأنَّ بيعَ بَعضِ أحَدِهما ببعضِ الآخَرِ جائزٌ.

وجهُ الظَّاهرِ: أنَّ التَّفاوتَ يَقِلُّ في المَنافِعِ، فَيَجوزُ بالتَّراضي، ويَجري فيه جَبْرُ القاضي، ويُعتَبَرُ إفرازاً[4]، أمَّا التَّفاوتُ فيكثُرُ في أعيانِهِما فاعتُبِرَ مُبادَلَةً[5].

(وفي الدَّابَّتينِ لا يَجوزُ التَّهايُؤُ على الرُّكوبِ عند أبي حنيفة، وعندهما يجوزُ) اعتباراً بقسمةِ الأعيانِ.

وله: أنَّ الاستعمالَ يتفاوتُ بِتَفاوتِ الرَّاكبِينَ، فإنَّهم بينَ حاذِقٍ وأخرَقَ.

---

(١) أي: في العبدين.

(٢) أشار به إلى قوله: «اعتباراً بالقسمة».

(٣) أي: حيثُ يجوزُ قسمةُ رقبةِ الدَّارين.

(٤) أي: يُعتَبَرُ هذا التَّهايُؤُ إفرازاً أو تَمييزاً. هذا جوابٌ عمَّا روي عن أبي حنيفة أنَّه لا يجوزُ. بناية.

(٥) في البناية: هذا التركيبُ غير مرضيٍّ عند النُّحاةِ على ما لا يخفى، ولكن التَّقديرُ: أمَّا التَّفاوتُ فيكثُرُ في الأعيانِ.

والتَّهايؤُ على الاستغلالِ في الدَّارَينِ جائزٌ. ....

والتَّهايؤُ في الرُّكوبِ في دابَّةٍ واحدةٍ على هذا الخلافِ؛ لِما قلنا. بخلافِ العبدِ لأنَّه يَخدُمُ باختيارِهِ، فلا يَتحمَّلُ زيادةً على طاقتِهِ، والدَّابَّةُ تَحَمَّلُها.

وأمَّا التَّهايؤُ في الاستغلالِ، فَيَجوزُ في الدَّارِ الواحدةِ في ظاهرِ الرِّوايةِ، وفي العبدِ الواحدِ والدَّابَّةِ الواحدةِ لا يجوزُ.

ووجهُ الفَرقِ: هو أنَّ النَّصيبينِ، يَتعاقبانِ في الاستيفاء، والاعتدالُ ثابتٌ في الحال، والظَّاهرُ بَقاؤُهُ[1] في العقار، وتَغيُّرُهُ في الحيوان؛ لِتَوالي أسبابِ التَّغيُّرِ عليه، فَتَفوتُ المُعادَلَةُ.

ولو زادتِ الغَلَّةُ في نَوبةِ أحَدِهِما عليها في نَوبةِ الآخَرِ، يَشترِكانِ في الزِّيادةِ لِيَتحقَّقَ التَّعديلُ، بخلاف ما إذا كان التَّهايؤُ على المنافعِ، فاستَغَلَّ أحَدُهما في نَوبتِهِ زيادةً؛ لأنَّ التَّعديلَ فيما وَقَعَ عليه التَّهايؤُ حاصلٌ، وهو المنافعُ، فلا تَضرُّهُ زيادةُ الاستغلال من بعدُ.

(والتَّهايؤُ على الاستغلالِ في الدَّارَينِ جائزٌ) أيضاً في ظاهرِ الرِّوايةِ لِما بيَّنَّا، ولو فَضَلَ غَلَّةُ أحدِهِما لا يَشترِكان فيه[2]، بخلافِ الدَّارِ الواحدةِ[3].

والفَرْقُ أنَّ في الدَّارينِ معنى التَّمييزِ، والإفرازُ راجحٌ لاتِّحادِ زمانِ الاستيفاءِ، وفي الدَّارِ الواحدةِ يَتعاقَبُ الوُصولُ[4] فاعتُبِرَ قَرْضاً، وجُعِلَ كلُّ واحدٍ في نَوبتِهِ كالوكيلِ عن صاحِبِهِ، فلهذا يَرُدُّ عليه حِصَّتَهُ من الفَضلِ.

---

(١) أي: الظَّاهرُ بقاءُ الاعتدال في العقار.

(٢) أي: في الفاضل.

(٣) حيثُ يشتركان في الفاضل في غلَّةِ الدَّارِ الواحدةِ.

(٤) يعني: يَصِلُ أحدُهُما إلى الغلَّةِ قبل صاحبه.

ولا يَجوزُ في الدَّابَّتينِ عنده، خلافاً لهما. ولو كانَ نَخْلٌ أو شَجَرٌ أو غَنَمٌ بينَ اثنين، فَتهايآ على أن يأخُذَ كلُّ واحدٍ منهما طائفةً يَستَثمِرُها أو يرعاها ويَشرَبُ ألبانَها، لا يَجوزُ.

وكذا يَجوزُ[1] في العبدينِ عندهما، اعتباراً بالتَّهايؤ في المنافعِ، ولا يَجوزُ عنده؛ لأنَّ التَّفاوتَ في أعيانِ الرَّقيقِ أكثَرُ منه من حيثُ الزَّمانِ في العبدِ الواحدِ، فأولى أن يَمتنِعَ الجوازُ، والتَّهايؤُ في الخدمةِ جُوِّزَ ضرورةً، ولا ضرورةَ في الغَلَّةِ لإمكانِ قِسمَتِها لِكَونِها عيناً، ولأنَّ الظَّاهرَ هو التَّسامُحُ في الخدمةِ والاستقصاءُ في الاستغلالِ، فلا يَنقسِمان.

(ولا يَجوزُ في الدَّابَّتينِ عنده، خلافاً لهما)، والوجهُ ما بيَّنَّاه في الرُّكوب.

(ولو كانَ نَخْلٌ أو شَجَرٌ أو غَنَمٌ بينَ اثنين، فَتهايآ على أن يأخُذَ كلُّ واحدٍ منهما طائفةً يَستَثمِرُها أو يرعاها ويَشرَبُ ألبانَها، لا يَجوزُ)؛ لأنَّ المُهايأةَ في المنافعِ ضرورة أنَّها لا تَبقَى فَيَتعذَّرُ قِسمَتُها، وهذه أعيانٌ باقيةٌ تَرِدُ عليها القسمةُ عند حُصولِها .

والحيلةُ أن يَبيعَ حِصَّتَه من الآخرِ ثمَّ يَشتري كُلَّها بعد مُضيِّ نَوبتِهِ، أو يَنتفِعَ باللَّبَنِ بِمِقدارٍ مَعلُومٍ استقراضاً لِنَصيبِ صاحِبِهِ، إذْ قَرْضُ المَشاعِ جائزٌ.



---

(١) أي: وكذا يجوزُ التهايؤ في استغلالِ العبدينِ.

كتاب المزارعة



كِتَابُ المزارعة

قال أبو حنيفة: المُزارَعَةُ بِالثُّلُثِ والرُّبُعِ باطِلَةٌ، ....

(كتاب المزارعة)

(قال أبو حنيفة: المُزارَعَةُ بِالثُّلُثِ والرُّبُعِ باطِلَةٌ).

اعلم أنَّ المُزارعَةَ لغةً: مُفاعَلَةٌ من الزَّرع. وفي الشَّريعة: هي عَقدٌ على الزَّرع بِبَعضِ الخارج. وهي فاسدةٌ عند أبي حنيفة، وقال: هي جائزةٌ لِما رُوي أنَّ «أنَّ النَّبيَّ ﷺ عامَلَ أهلَ خَيبرَ على نصفِ ما يَخرُجُ من ثَمَرٍ أو زَرعٍ»[1]، ولأنَّه عقدُ شَرِكةٍ بين المالِ والعَمَلِ، فيجوزُ اعتباراً بالمُضارَبةِ، والجامعُ دَفْعُ الحاجةِ، فإنَّ ذا المالِ قد لا يَهتدي إلى العملِ، والقويَّ عليه لا يَجِدُ المالَ، فَمَسَّتِ الحاجةُ إلى انعقادِ هذا العقدِ بينهما.

بخلافِ دَفعِ الغَنَمِ والدَّجاجِ ودُودِ القَزِّ مُعامَلَةً بنصفِ الزَّوائدِ؛ لأنَّه لا أثَرَ هناكَ للعمل في تَحصيلِها، فلم تتحقَّقْ شركةٌ.

وله: ما رُوي «أنَّه ﷺ نهى عن المُخابَرَةِ»[2] وهي المُزارَعةُ. ولأنَّه استئجارٌ

---

(١) أخرجه الجماعةُ إلَّا النَّسائيَّ، وعند البخاري في المزارعة، باب: إذا قال رب الأرض أقرك ما أقرك الله ولم يذكر أجلا معلوما فهما على تراضيهما (٢٢١٣)، ومسلم في المساقاة، باب: المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (١٥٥١) عن نافع عن ابن عمر: أنَّ عمرَ بنَ الخطَّاب رضي الله عنهما أجلى اليهودَ والنَّصارى من أرضِ الحجازِ، وكان رسولُ الله ﷺ لمَّا ظَهَرَ على خيبرَ أرادَ إخراجَ اليهودِ منها، وكانتِ الأرضُ حينَ ظَهَرَ عليها لله ولِرَسولِهِ ﷺ وللمسلمين، وأرادَ إخراجَ اليهودِ منها، فسألَتِ اليهودُ رسولَ اللهِ ﷺ لِيُقرَّهم بها، أن يُكفَوا عَمَلَها ولهم نِصفُ الثَّمَرِ، فقال رسولُ الله ﷺ: «نُقِرُّكُم بها على ذلك ما شِئنا» فَقَرُّوا بها حتَّى أجلاهم عُمرُ إلى تَيماءَ وأريحاء.

(٢) أخرجه البخاري في المساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل (٢٢٥٢)، =

وإذا فَسَدَتْ عِندَهُ، فإنْ سَقَى الأرضَ وكَرِبَها ولم يَخرُجْ شيءٌ، فلَهُ أجرُ مِثلِهِ. ثُمَّ المُزارَعَةُ لِصِحَّتِها على قَولِ مَنْ يُجِيزُها شُروطٌ: أحَدُها: كَونُ الأرضِ صالِحَةً لِلزِّراعةِ، ....

بِبَعضِ ما يَخرُجُ من عَملِهِ، فيكونُ في معنى قَفيزِ الطَّحَّان[1]، ولأنَّ الأجرَ مَجهولٌ أو مَعدُومٌ، وكلُّ ذلك مُفسِدٌ. ومُعاملَةُ النَّبيِّ ﷺ أهلَ خَيبرَ كان خَراجَ مُقاسَمَةٍ بِطَريقِ المَنِّ والصُّلحِ، وهو جائزٌ.

(وإذا فَسَدَتْ عِندَهُ، فإنْ سَقَى الأرضَ وكَرِبَها[2] ولم يَخرُجْ شيءٌ، فلَهُ أجرُ مِثلِهِ)؛ لأنَّه في معنى إجارةٍ فاسدةٍ، وهذا إذا كان البَذْرُ من قِبَلِ صاحبِ الأرضِ، وإن كان البَذْرُ مِنْ قِبَلِهِ فَعَلَيهِ أجرُ مِثلِ الأرضِ، والخارجُ في الوجهينِ لصاحِبِ البَذْرِ؛ لأنَّه نَماءُ مِلكِهِ ولِلآخَرِ الأجرُ كما فَصَّلنا[3]، إلَّا أنَّ الفتوى على قَولِهِما لحاجةِ النَّاسِ إليها، ولِظُهورِ تَعامُلِ الأُمَّة بها، والقياسُ يُترَكُ بالتَّعاملِ، كما في الاستصناع[4].

(ثُمَّ المُزارَعَةُ لِصِحَّتِها على قَولِ مَنْ يُجِيزُها شُروطٌ):

- (أحَدُها: كَونُ الأرضِ صالِحَةً لِلزِّراعةِ)؛ لأنَّ المَقصودَ لا يَحصُلُ بِدُونِهِ.

= ومسلم في البيوع، باب: النهي عن المحاقلة والمزابنة وعن المخابرة وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها (١٥٣٦) عن جابر بن عبد الله، قال: نهى رسولُ الله ﷺ عن المُخابَرَةِ، والمُحاقَلَةِ، والمُزابَنَةِ، وعن بيع الثمرة حتى تطعم ولا تباع إلا بالدراهم والدنانير إلا العرايا.

قال عطاء: فَسَّرها لنا جابرٌ، قال: أمَّا المُخابَرَةُ: فالأرضُ البيضاءُ يَدفَعُها الرَّجلُ إلى الرَّجلِ، فَيُنفِقُ فيها، ثمَّ يأخذُ من الثَّمَر، والمُحاقَلَةُ: بيعُ الزَّرعِ القائمِ بالحَبِّ كيلاً، والمُزابنَةُ: بيعُ الرُّطَبِ في النَّخلِ بالتَّمرِ كيلاً والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك يبيع الزرع القائم بالحب كيلا. واللَّفظُ لمسلم.

(١) أي: وقد نهى النَّبيُّ ﷺ عن قفيز الطَّحان، وقد مرَّ تحقيقُهُ في كتاب الإجارة، انظر (٣/ ٦٦٢).

(٢) «كَرْبُ الأرض» تقليبُها لِلحَرثِ.

(٣) إشارةٌ إلى قوله: وهذا إذا كان البَذرُ من قِبَلِ صاحبِ الأرضِ ... إلخ. عناية.

(٤) أي: كما تُركَ القياسُ في الاستصناعِ لتعاملِ النَّاس به.

والثَّاني: أنْ يكونَ رَبُّ الأرضِ والمُزارِعُ مِنْ أهلِ العَقدِ، وهو لا يَختَصُّ به، والثَّالث: بَيانُ المُدَّةِ، والرَّابع: بَيانُ مَنْ عليه البَذْرُ، والخامس: بَيانُ نَصيبِ مَنْ لا بَذْرَ مِنْ قِبَلِهِ، والسَّادسُ: أنْ يُخلِّيَ رَبُّ الأرضِ بينها وبينَ العامِلِ، حتَّى لو شَرَطَ عَمَلَ ربِّ الأرضِ، يَفسُدُ العَقدُ، والسَّابع: الشَّركةُ في الخارِجِ بعدَ حُصُولِهِ، والثَّامن: بَيانُ جِنْسِ البَذْرِ. وهي عندهما على أربعةِ أَوجُهٍ: إنْ كانتِ الأرضُ والبَذْرُ لِواحِدٍ، والبَقَرُ والعَمَلُ لِواحدٍ، جازتِ المُزارَعَةُ، ....

- (والثَّاني: أنْ يكونَ رَبُّ الأرضِ والمُزارِعُ مِنْ أهلِ العَقدِ، وهو لا يَختَصُّ به)؛ لأنَّ عَقداً ما لا يَصِحُّ إلَّا من الأهلِ[1].

- (والثَّالث: بَيانُ المُدَّةِ)؛ لأنَّه عقدٌ على مَنافعِ الأرضِ، أو مَنافعِ العاملِ، والمُدَّةُ هي المِعيارُ لها لِيُعلَمَ بها.

- (والرَّابع: بَيانُ مَنْ عليه البَذْرُ)؛ قَطعاً لِلمُنازعةِ وإعلاماً لِلمَعقودِ عليه، وهو مَنافعُ الأرضِ أو مَنافعُ العامِلِ.

- (والخامس: بَيانُ نَصيبِ مَنْ لا بَذْرَ مِنْ قِبَلِهِ)؛ لأنَّه يَستحقُّهُ عِوَضاً بالشَّرطِ، فلا بدَّ أن يكونَ مَعلُوماً، وما لا يُعلَمُ لا يُستحَقُّ شرطاً بالعقد.

- (والسَّادسُ: أنْ يُخلِّيَ رَبُّ الأرضِ بينها وبينَ العامِلِ، حتَّى لو شَرَطَ عَمَلَ ربِّ الأرضِ، يَفسُدُ العَقدُ)؛ لِفَواتِ التَّخليةِ.

- (والسَّابع: الشَّركةُ في الخارِجِ بعدَ حُصُولِهِ)؛ لأنَّه يَنعقِدُ شَرِكةً في الانتهاء، فما يَقطَعُ هذه الشَّركةَ كان مُفسِداً للعقد.

- (والثَّامن: بَيانُ جِنْسِ البَذْرِ)؛ لِيَصيرَ الأجرُ مَعلُوماً.

قال: (وهي عندهما على أربعةِ أَوجُهٍ):

١- (إنْ كانتِ الأرضُ والبَذْرُ لِواحِدٍ، والبَقَرُ والعَمَلُ لِواحدٍ، جازتِ المُزارَعَةُ)؛

---

(١) أي: لأنَّ أيَّ عقدٍ كان لا يصحُّ إلَّا ممَّن يكونُ أهلاً. بناية.

وإنْ كانَ الأرضُ لِواحِدٍ، والعَمَلُ والبَقَرُ والبَذْرُ لِواحِدٍ، جازَتْ، وإنْ كانتِ الأرضُ والبَذْرُ والبَقَرُ لِواحِدٍ، والعَمَلُ مِنْ آخَرَ، جازَتْ، وإنْ كانتِ الأرضُ والبَقَرُ لِواحِدٍ، والبَذْرُ والعَمَلُ لآخَرَ، فهي باطِلَةٌ.

لأنَّ البقَرَ آلةُ العملِ، فصارَ كما إذا استأجَرَ خَيَّاطاً لِيَخيطَ بإبرةِ الخيَّاطِ.

٢- (وإنْ كانَ الأرضُ لِواحِدٍ، والعَمَلُ والبَقَرُ والبَذْرُ لِواحِدٍ، جازَتْ)؛ لأنَّه استِئجارُ الأرضِ بِبَعضٍ مَعلُومٍ من الخارِجِ، فَيَجوزُ كما إذا استأجَرَها بِدَراهمَ مَعلُومةٍ.

٣- (وإنْ كانتِ الأرضُ والبَذْرُ والبَقَرُ لِواحِدٍ، والعَمَلُ مِنْ آخَرَ، جازَتْ)؛ لأنَّه استأجَرَهُ لِلعَمَلِ بآلَةِ المُستأجِرِ، فصارَ كما إذا استأجَرَ خيَّاطاً لِيَخيطَ ثوبَهُ بإبرتِهِ[١]، أو طَيَّاناً لِيُطيِّنَ بِمَرِّهِ[٢].

٤- (وإنْ كانتِ الأرضُ والبَقَرُ لِواحِدٍ، والبَذْرُ والعَمَلُ لآخَرَ، فهي باطِلَةٌ)، وهذا الذي ذَكَرَه[٣] ظاهرُ الرِّوايةِ.

وعن أبي يوسف: أنَّه يَجوزُ أيضاً؛ لأنَّه لو شَرَطَ البَذْرَ والبَقَرَ عليه يجوزُ، فكذا إذا شَرَطَ وَحْدَه[٤]، وصار كجانب العامل[٥].

وجهُ الظَّاهرِ: أنَّ منفعةَ البقرِ ليست من جنسِ مَنفعةِ الأرضِ؛ لأنَّ منفعةَ الأرضِ قوَّةٌ في طَبعِها يَحصُلُ بها النَّماءُ، ومَنفعَةُ البَقرِ صلاحيَّةٌ يُقامُ بها العملُ، كلُّ ذلك بِخَلقِ اللهِ تعالى، فلم يَتجانَسا، فتَعَذَّرَ أن تُجعَلَ تابِعَةً لها[٦]، بخلافِ جانبِ

---

(١) أي: بإبرةِ صاحِبِ الثَّوبِ.

(٢) وهي المِسحاة.

(٣) أي: الذي ذكَرَه القُدوريُّ هو ظاهرُ الرِّواية.

(٤) أي: فكذا يجوزُ إذا شَرَطَ أن يكونَ البقرُ بدونِ البَذرِ عليه.

(٥) أي: صار كما إذا شرطَ البقرَ على العامل.

(٦) أي: فتعذَّر جَعلُ مَنفعةِ البقرِ تابعةً لِمَنفعةِ الأرضِ لِعدَمِ التَّجانُس بين المنفعتين، لأنَّ منفعةَ الأرضِ الإنباتُ، ومَنفعَةَ البقرِ الشَّقُّ، وبينهما اختلافٌ.

ولا تَصِحُّ المُزارَعَةُ إلَّا على مُدَّةٍ مَعلُومةٍ، وأنْ يَكونَ الخارجُ شائعاً بينهما، فإنْ شَرَطا لأحَدِهما قُفزاناً مُسمَّاةً، فهي باطِلَةٌ، ....

العاملِ؛ لأنَّه تجانَسَتِ المَنفَعَتانِ[1] فَجُعِلت تابعةً لِمَنفعةِ العاملِ.

وهاهنا وَجهانِ آخَرانِ لم يَذكُرْهما:

أحدهما: أن يكونَ البَذْرُ لأحَدِهما والأرضُ والبقرُ والعملُ لآخَرَ، فإنَّه لا يجوزُ؛ لأنَّه يتمُّ شركةً بينَ البَذرِ والعملِ[2]، ولم يَرِدْ به الشَّرع.

والثاني: أنْ يَجمَعَ بين البَذْرِ والبَقرِ[3]. وأنَّه لا يجوزُ أيضاً؛ لأنَّه لا يَجوزُ عند الانفرادِ[4]، فكذا عند الاجتماع.

والخارجُ في الوجهين لصاحبِ البَذرِ في روايةٍ، اعتباراً بسائرِ المُزارَعاتِ الفاسدةِ، وفي روايةٍ لصاحِبِ الأرضِ، ويَصيرُ مُستقرِضاً للبَذرِ قابضاً له لاتِّصالِهِ بأرضِهِ.

قال: (ولا تَصِحُّ المُزارَعَةُ إلَّا على مُدَّةٍ مَعلُومةٍ) لِما بيَّنَّا[5] (وأنْ يَكونَ الخارجُ شائعاً بينهما) تحقيقاً لمعنى الشَّركةِ، (فإنْ شَرَطا لأحَدِهما قُفزاناً مُسمَّاةً، فهي باطِلَةٌ)؛ لأنَّ به تَنقطِعُ الشَّركةُ؛ لأنَّ الأرضَ عَساها لا تُخرِجُ إلَّا هذا القَدْرَ، فصار كاشتراطِ دراهِمَ مَعدُودةٍ؛ لأحَدِهما في المُضارَبةِ.

وكذا إذا شَرَطا أن يَرفَعَ صاحبُ البَذرِ بَذرَهُ، ويكونَ الباقي بينهما نصفين؛ لأنَّه يؤدِّي إلى قَطعِ الشَّركةِ في بعضٍ معيَّنٍ، أو في جَميعِهِ بأنْ لم يخرجْ إلَّا قَدْرُ البَذرِ،

(١) أي: منفعةُ البقرِ ومنفعةُ العاملِ.

(٢) لأنَّ صاحبَ البذرِ مستأجرٌ للأرضِ، والتَّخليةُ بين المستأجِرِ والمستَأجَرِ شرطٌ، وفي هذه الصُّورة انعدمتِ التَّخليةُ؛ لأنَّ الأرضَ تكونُ في يدِ العاملِ.

(٣) أي: أن يكون البذرُ والبقرُ من أحدِهما والعملُ من الآخَرِ.

(٤) يعني: إذا كان البذرُ وحده من جانب، وإذا كان البقرُ وحدها من جانب.

(٥) أي: في الشَّرطِ الثَّالثِ من شروط المزارعة.

وكذا إذا شَرَطا ما على المَاذْياناتِ والسَّواقي، وكذا إذا شَرَطا لأحدِهِما التِّبنَ ولِلآخَرِ الحَبَّ، وكذا إذا شَرَطا التِّبنَ نِصفَينِ والحَبَّ لأحَدِهِما بِعَينِهِ. ولو شَرَطا الحَبَّ نِصفَينِ ولم يَتعرَّضا لِلتِّبنِ، صَحَّتْ، ثُمَّ التِّبنُ يكونُ لِصاحِبِ البَذرِ.

فصار كما إذا شَرَطا رَفْعَ الخَراجِ - والأرضُ خراجيَّةٌ - وأن يكون الباقي بينهما لأنَّه مُعيَّنٌ.

بخلافِ ما إذا شَرَطَ صاحبُ البَذرِ عُشرَ الخارجِ لِنَفسِهِ أو للآخَرِ والباقي بينهما[١]؛ لأنَّه معيَّنٌ مُشاعٌ فلا يُؤدِّي إلى قَطعِ الشَّركةِ، كما إذا شَرَطا رَفْعَ العُشرِ وقِسمةَ الباقي بينهما، والأرضُ عُشريَّةٌ.

قال: (وكذا إذا شَرَطا ما على المَاذْياناتِ[٢] والسَّواقي)، معناه: لأحدهما؛ لأنَّه إذا شُرِطَ لأحدِهِما زَرعُ مَوضِعٍ مُعيَّن، أفضى ذلك إلى قَطعِ الشَّركةِ؛ لأنَّه لعلَّه لا يَخرُجُ إلَّا مِن ذلك المَوضعِ، وعلى هذا إذا شَرَطا لأحدِهِما ما يَخرُجُ من ناحيةٍ معيَّنةٍ ولآخَرَ ما يَخرُجُ من ناحيةٍ أخرى.

(وكذا إذا شَرَطا لأحدِهِما التِّبنَ ولِلآخرِ الحَبَّ)؛ لأنَّه عسى أن يُصيبَهُ آفَةٌ، فلا يَنعقِدُ الحَبُّ ولا يَخرجُ إلَّا التِّبنُ.

(وكذا إذا شَرَطا التِّبنَ نِصفَينِ والحَبَّ لأحَدِهِما بِعَينِهِ)؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى قَطعِ الشَّركةِ فيما هو المُقصودُ، وهو الحَبُّ.

(ولو شَرَطا الحَبَّ نِصفَينِ ولم يَتعرَّضا لِلتِّبنِ، صَحَّتْ)؛ لاشتراطِهما الشَّركةَ فيما هو المَقصودُ، (ثُمَّ التِّبنُ يكونُ لِصاحِبِ البَذرِ)؛ لأنَّه نَماءُ بَذرِهِ، وفي حقِّهِ لا يُحتاجُ إلى الشَّرطِ، والمُفسِدُ هو الشَّرطُ، وهذا سكوتٌ عنه.

---

(١) أي: فإنَّه يجوز. بناية.

(٢) «المَاذْيانات» جمع «ماذيان»، وهو أصغر من النَّهر، وأعظَمُ من الجَدولِ، فارسيٌّ معرَّبٌ، وقيل: ما يَجتمِعُ فيه ماءُ السَّيلِ ثمَّ يُسقى منه ماء الأرض. بناية.

ولو شَرَطا الحَبَّ نِصفَينِ والتِّبنَ لِصاحِبِ البَذرِ، صَحَّتْ. وإنْ شَرَطا التِّبنَ لِلآخَرِ فَسَدَتْ. وإذا صَحَّتِ المُزارَعَةُ، فالخارجُ على الشَّرطِ، وإنْ لم تُخرِجِ الأرضُ شيئاً فلا شيءَ للعامِلِ. وإذا فَسَدَتْ فالخارجُ لِصاحِبِ البَذرِ. ولو كان البَذْرُ مِن قِبَلِ رَبِّ الأرضِ، فَلِلعامِلِ أجرُ مِثلِهِ، لا يُزادُ على مِقدارِ ما شُرِطَ له من الخارجِ، وقال محمد: له أجرُ مِثلِهِ بالغاً ما بَلَغَ.

وقال مشايخُ بلخ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: التِّبنُ بينهما أيضاً اعتباراً لِلعُرفِ فيما لم يَنصَّ عليه المُتعاقدان، ولأنَّه تبعٌ لِلحَبِّ، والتَّبعُ يَقومُ بِشَرطِ الأصل[1].

(ولو شَرَطا الحَبَّ نِصفَينِ والتِّبنَ لِصاحِبِ البَذرِ، صَحَّتْ)؛ لأنَّه حُكمُ العقدِ.

(وإنْ شَرَطا التِّبنَ لِلآخَرِ فَسَدَتْ)؛ لأنَّه شرطٌ يُؤدِّي إلى قَطعِ الشَّركةِ بأن لا يَخرُجَ إلَّا التِّبنُ، واستحقاقُ غيرِ صاحِبِ البَذرِ بالشَّرطِ.

قال: (وإذا صَحَّتِ المُزارَعَةُ، فالخارجُ على الشَّرطِ) لِصحَّةِ الالتزام، (وإنْ لم تُخرِجِ الأرضُ شيئاً فلا شيءَ للعامِلِ)؛ لأنَّه يَستحقُّهُ شَرِكةً، ولا شركةَ في غيرِ الخارجِ، وإن كانت إجارةً فالأجرُ مُسمًّى فلا يَستحِقُّ غيرَهُ، بخلافِ ما إذا فسَدَتْ لأنَّ أجرَ المِثلِ في الذِّمَّةِ، ولا تَفوتُ الذِّمَّةُ بعَدَمِ الخارج.

قال: (وإذا فَسَدَتْ فالخارجُ لِصاحِبِ البَذرِ)؛ لأنَّه نماءُ مِلكِهِ، واستحقاقُ الأجرِ بالتَّسميةِ، وقد فسَدَتْ، فبقي النَّماءُ كلُّه لصاحِبِ البَذرِ.

قال: (ولو كان البَذْرُ مِن قِبَلِ رَبِّ الأرضِ، فَلِلعامِلِ أجرُ مِثلِهِ، لا يُزادُ على مِقدارِ ما شُرِطَ له من الخارجِ)؛ لأنَّه رضي بِسُقوطِ الزِّيادةِ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا اللَّهُ، (وقال محمد: له أجرُ مِثلِهِ بالغاً ما بَلَغَ)؛ لأنَّه استوفى مَنافِعَهُ بِعَقدٍ فاسدٍ، فَتَجِبُ عليه قِيمَتُها؛ إذْ لا مِثلَ لها، وقد مَرَّ في الإجارات.

---

(١) يعني: أنَّ التِّبنَ لمَّا كان تَبَعاً، كان ذِكرُ الشَّرطِ في الحبِّ ذِكراً في التِّبنِ، حيثُ يكونُ التِّبنُ بينهما أيضاً، فكأنَّهما شَرَطا في التِّبنِ أن يكون بينهما. بناية.

وإنْ كان البَذْرُ مِنْ قِبَلِ العامِلِ، فَلِصاحِبِ الأرضِ أجرُ مِثلِ أرضِهِ. ولو جَمَعَ بينَ الأرضِ والبَقرِ حتَّى فَسَدَتِ المُزارعَةُ، فعَلَى العاملِ أجرُ مِثلِ الأرضِ والبَقرِ. وإذا استَحَقَّ ربُّ الأرضِ الخارجَ لِبَذرِهِ في المُزارعةِ الفاسدةِ، طابَ له جَميعُهُ، وإنِ استَحَقَّهُ العاملُ أخَذَ قَدْرَ بَذرِهِ وقَدْرَ أجرِ الأرضِ وتَصَدَّقَ بالفَضلِ. وإذا عُقِدَتِ المُزارَعَةُ فامتَنَعَ صاحِبُ البَذرِ مِنَ العَمَلِ، لم يُجبَرْ عليه، وإنِ امتنَعَ الذي ليسَ مِنْ قِبَلِهِ البَذرُ أَجبَرَهُ الحاكِمُ على العَمَلِ، ....

(وإنْ كان البَذْرُ مِنْ قِبَلِ العامِلِ، فَلِصاحِبِ الأرضِ أجرُ مِثلِ أرضِهِ)؛ لأنَّه استوفَى مَنافِعَ الأرضِ بِعَقدٍ فاسدٍ، فيجبُ ردُّها وقد تَعذَّر، ولا مِثلَ لها، فيجبُ ردُّ قيمَتِها.

وهل يُزادُ على ما شُرِط له من الخارجِ؟ فهو على الخلاف الذي ذكرناه.

(ولو جَمَعَ بينَ الأرضِ والبَقرِ حتَّى فَسَدَتِ المُزارعَةُ، فعَلَى العاملِ أجرُ مِثلِ الأرضِ والبَقرِ)، هو الصَّحيحُ؛ لأنَّ له مَدخلاً في الإجارةِ، وهي إجارةٌ معنى[1].

(وإذا استَحَقَّ ربُّ الأرضِ الخارجَ لِبَذرِهِ في المُزارعةِ الفاسدةِ، طابَ له جَميعُهُ)؛ لأنَّ النَّماءَ حصَلَ في أرضٍ مَملُوكةٍ له، (وإنِ استَحَقَّهُ العاملُ أخَذَ قَدْرَ بَذرِهِ وقَدْرَ أجرِ الأرضِ وتَصَدَّقَ بالفَضلِ)؛ لأنَّ النَّماءَ يَحصُلُ من البَذرِ ويَخرجُ من الأرضِ، وفسادُ المِلكِ في منافعِ الأرضِ أوجَبَ خُبثاً فيه، فما سَلِمَ له بِعِوَضٍ طابَ له، وما لا عِوَضَ له تصَدَّقَ به.

قال: (وإذا عُقِدَتِ المُزارَعَةُ فامتَنَعَ صاحِبُ البَذرِ مِنَ العَمَلِ، لم يُجبَرْ عليه)؛ لأنَّه لا يُمكِنُهُ المُضيُّ في العقدِ إلَّا بِضَررٍ يَلزمُهُ، فصار كما إذا استأجَرَ أجيراً لِيَهدِمَ دارَهُ، (وإنِ امتنَعَ الذي ليسَ مِنْ قِبَلِهِ البَذرُ أَجبَرَهُ الحاكِمُ على العَمَلِ)؛ لأنَّه

(١) أي: المزارعةُ المذكورةُ إجارةٌ من حيث المعنى، ولكنَّها بصفةِ الفسادِ، فيجب أجرُ المِثلِ.

ولو امتَنَعَ رَبُّ الأرضِ والبَذرُ مِنْ قِبَلِهِ، وقد كَرَبَ المُزارِعُ الأرضَ، فلا شيءَ له في عَملِ الكِرابِ. وإذا ماتَ أحَدُ المُتعاقِدَينِ بَطَلتِ المُزارَعَةُ. ولو ماتَ ربُّ الأرضِ قبلَ الزِّراعةِ، بعدَ ما كَرَبَ الأرضَ وحَفَرَ الأنهارَ، انتَقَضَتِ المُزارَعَةُ، ولا شيءَ للعامِلِ بِمُقابَلَةِ ما عَمِلَ. وإذا فُسِخَتِ المُزارَعَةُ بِدَينٍ فادِحٍ لِحَقِّ صاحِبِ الأرضِ، فاحتاجَ إلى بَيعِها، فباعَ، جازَ، ....

لا يَلحَقُهُ بالوفاءِ بالعقدِ ضَررٌ، والعقدُ لازمٌ بِمَنزلةِ الإجارةِ، إلَّا إذا كان عُذرٌ يُفسَخُ به الإجارةُ، فَيُفسَخُ به المزارعة.

قال: (ولو امتَنَعَ رَبُّ الأرضِ والبَذرُ مِنْ قِبَلِهِ، وقد كَرَبَ المُزارِعُ الأرضَ، فلا شيءَ له في عَملِ الكِرابِ)، قيل: هذا في الحُكمِ، فأمَّا فيما بينه وبين اللهِ تعالى يَلزمُهُ استرضاءُ العاملِ؛ لأنَّه غَرَّه في ذلك.

قال: (وإذا ماتَ أحَدُ المُتعاقِدَينِ بَطَلتِ المُزارَعَةُ) اعتباراً بالإجارةِ، وقد مَرَّ الوجهُ في الإجارات، فلو كان دَفَعَها في ثلاثِ سنين، فلمَّا نَبَتَ الزَّرعُ في السَّنةِ الأولى، ولم يَستَحصِدِ الزَّرعَ حتَّى ماتَ ربُّ الأرضِ، تَرَكَ الأرضَ في يَدِ المُزارِعِ حتَّى يَستَحصِدَ الزَّرعَ ويَقسِمَ على الشَّرطِ، وتَنتقِضُ المُزارَعَةُ فيما بقي من السَّنَتَينِ؛ لأنَّ في إبقاءِ العقدِ في السَّنةِ الأولى مُراعاةً للحقَّينِ، بخلافِ السَّنةِ الثَّانيةِ والثَّالثةِ؛ لأنَّه ليس فيه ضررٌ بالعاملِ، فَيُحافِظُ فيهما على القياس[1].

(ولو ماتَ ربُّ الأرضِ قبلَ الزِّراعةِ، بعدَ ما كَرَبَ الأرضَ وحَفَرَ الأنهارَ، انتَقَضَتِ المُزارَعَةُ)؛ لأنَّه ليس فيه إبطالُ مالٍ على المُزارِعِ، (ولا شيءَ للعامِلِ بِمُقابَلَةِ ما عَمِلَ)؛ لِما نبيِّنه إن شاء الله تعالى.

(وإذا فُسِخَتِ المُزارَعَةُ بِدَينٍ فادِحٍ لِحَقِّ صاحِبِ الأرضِ، فاحتاجَ إلى بَيعِها، فَباعَ، جازَ) كما في الإجارة، ....

---

(١) أي: بقاءُ الأرضِ في يدِ المزارعِ حتَّى يَستحصِدَ استحسانٌ، أمَّا السَّنةُ الثَّانيةُ والثالثةُ فَيُحافَظُ فيهما على القياس، أي: يُعملُ فيهما على القياس، وهو بُطلانُ المزارعةِ بموتِ أحدِ المتقاعدين.

وليس للعامِلِ أنْ يُطالِبَهُ بِما كَرَبَ الأرضَ وحَفَرَ الأنهارَ بِشَيءٍ، ولو نَبَتَ الزَّرعُ ولم يَستَحصِدْ لم تُبَعِ الأرضُ في الدَّينِ حتَّى يَستحصِدَ الزَّرعُ. ويُخرِجُهُ القاضي من الحَبسِ إنْ كان حَبَسَهُ بالدَّينِ. وإذا انقَضَتِ مُدَّةُ المُزارَعَةِ والزَّرعُ لم يُدرِكْ، كان على المُزارِعِ أجرُ مِثلِ نَصيبِهِ من الأرضِ إلى أن يَستَحصِدَ، والنَّفقَةُ على الزَّرعِ عليهما على مِقدارِ حُقوقِهِما، ....

(وليس للعامِلِ أنْ يُطالِبَهُ بِما كَرَبَ الأرضَ وحَفَرَ الأنهارَ بِشَيءٍ)؛ لأنَّ المَنافِعَ إنَّما تَتقوَّمُ بالعقدِ، وهو إنَّما قُوِّمَ بالخارجِ، فإذا انعَدَمَ الخارجُ لم يَجِبْ شيءٌ.

(ولو نَبَتَ الزَّرعُ ولم يَستَحصِدْ لم تُبَعِ الأرضُ في الدَّينِ حتَّى يَستحصِدَ الزَّرعُ)؛ لأنَّ في البيعِ إبطالَ حقِّ المُزارِعِ، والتَّأخيرُ أهونُ من الإبطالِ، (ويُخرِجُهُ القاضي من الحَبسِ إنْ كان حَبَسَهُ بالدَّينِ)؛ لأنَّه لمَّا امتنَعَ بَيْعُ الأرضِ لم يكنْ هو ظالِماً، والحَبسُ جَزاءُ الظُّلمِ.

قال: (وإذا انقَضَتِ مُدَّةُ المُزارَعَةِ والزَّرعُ لم يُدرِكْ، كان على المُزارِعِ أجرُ مِثلِ نَصيبِهِ من الأرضِ إلى أن يَستَحصِدَ، والنَّفقَةُ على الزَّرعِ عليهما على مِقدارِ حُقوقِهِما)، معناه: حتَّى يَستحصِدَ؛ لأنَّ في تَبقيةِ الزَّرعِ بأجرِ المثلِ تَعديلَ النَّظرِ من الجانبينِ، فَيُصارُ إليه، وإنَّما كان العملُ عليهما؛ لأنَّ العقدَ قد انتهى بانتهاءِ المُدَّةِ، وهذا عملٌ في المالِ المُشترَكِ.

وهذا بخلاف ما إذا مات ربُّ الأرضِ والزَّرعُ بَقلٌ، حيثُ يكونُ العملُ فيه على العامل[1]؛ لأنَّ هناك[2] أبقينا العقدَ في مدَّتِهِ، والعقدُ يَستدعي العملَ على العاملِ، أمَّا هاهنا[3] العقدُ قد انتهى، فلم يكن هذا إبقاءَ ذلكَ العَقدِ، فلم يَختَصَّ العاملُ بِوُجوبِ العَمَلِ عليه.

---

(١) أي: لا يجبُ أجرُ المثلِ ولا العملُ عليهما.

(٢) أي: فيما إذا مات ربُّ الأرضِ والزَّرعُ بَقلٌ. بناية.

(٣) أي: فيما إذا انقضت مدَّةُ المزارعةِ والزَّرعُ لم يُدرِك.

فإنْ أنفَقَ أحَدُهُما بِغَيرِ إذنِ صاحبِهِ وأمْرِ القاضي، فهو مُتطوِّعٌ. ولو أرادَ رَبُّ الأرضِ أنْ يأخُذَ الزَّرعَ بَقْلاً، لم يكنْ له ذلكَ، ولو أرادَ المُزارِعُ أنْ يَأخُذَهُ بَقلاً، قيل لصاحِبِ الأرضِ: «اِقلَعِ الزَّرعَ فيكونُ بينكما، أو أعطِهِ قِيمَةَ نَصيبِهِ، أو أنفِقْ أنت على الزَّرعِ وارجِعْ بما تُنفِقُهُ في حِصَّتِهِ». ولو ماتَ المُزارِعُ بعدَ نَباتِ الزَّرعِ، فقالت وَرَثَتُهُ: «نحنُ نَعمَلُ إلى أنْ يُستَحصَدَ الزَّرعُ» وأبى رَبُّ الأرضِ، فلهم ذلك، ولا أجرَ لهم بِما عَمِلُوا. ....

(فإنْ أنفَقَ أحَدُهُما بِغَيرِ إذنِ صاحبِهِ وأمْرِ القاضي، فهو مُتطوِّعٌ)؛ لأنَّه لا وِلايةَ له عليه.

(ولو أرادَ رَبُّ الأرضِ أنْ يأخُذَ الزَّرعَ بَقْلاً، لم يكنْ له ذلكَ)؛ لأنَّ فيه إضراراً بالمُزارِعِ.

(ولو أرادَ المُزارِعُ أنْ يَأخُذَهُ بَقلاً، قيل لصاحِبِ الأرضِ: «اِقلَعِ الزَّرعَ فيكونُ بينكما، أو أعطِهِ قِيمَةَ نَصيبِهِ، أو أنفِقْ أنت على الزَّرعِ وارجِعْ بما تُنفِقُهُ في حِصَّتِهِ»)؛ لأنَّ المُزارِعَ لمَّا امتنَعَ من العملِ لا يُجبَرُ عليه؛ لأنَّ إبقاءَ العقدِ بعدَ وُجودِ المُنهي نظَرٌ له[1]، وقد تَرَكَ النَّظرَ لنفسِهِ، ورَبُّ الأرضِ مُخيَّرٌ بينَ هذه الخياراتِ؛ لأنَّ بكلٍّ ذلك يَستدفِعُ الضَّررَ.

(ولو ماتَ المُزارِعُ بعدَ نَباتِ الزَّرعِ، فقالت وَرَثَتُهُ: «نحنُ نَعمَلُ إلى أنْ يُستَحصَدَ الزَّرعُ» وأبى رَبُّ الأرضِ، فلهم ذلك[2])؛ لأنَّه لا ضررَ على ربِّ الأرضِ، (ولا أجرَ لهم بِما عَمِلُوا)؛ لأنَّا أبقينا العَقْدَ نَظَراً لهم، فإن أرادوا قَلْعَ الزَّرعِ لم يُجبَروا على العملِ لِما بيَّنَّا[3]، والمالكُ على الخياراتِ الثَّلاثِ لِما بيَّنَّا[4].

---

(١) أي: للمزارع، وأراد بالمنهي مُضيَّ المدَّةِ. بناية.
(٢) أي: للورثةِ أن يَعملوا إلى أن يستحصدَ الزَّرعُ.
(٣) أشار به إلى قوله: «لأنَّ إبقاءَ العقدِ بعدَ وُجودِ المُنهي ...» إلخ. عناية.
(٤) أشار به إلى قوله: «لأنَّ المزارعَ لمَّا امتَنَعَ عن العمل ...» إلخ. عناية.

وكذلك أُجرةُ الحَصادِ والرَّفاعِ والدِّياسِ والتَّذريةِ عليهما بالحِصَصِ، فإنْ شَرَطاهُ في المُزارعةِ على العامِلِ فَسَدَتْ.

قال: (وكذلك أُجرةُ الحَصادِ والرَّفاعِ[1] والدِّياسِ والتَّذريةِ عليهما بالحِصَصِ، فإنْ شَرَطاهُ في المُزارعةِ على العامِلِ فَسَدَتْ)، وهذا الحُكمُ ليس بمُختصٍّ بما ذَكَر من الصُّورة، وهو انقضاءُ المُدَّةِ والزَّرعُ لم يُدرِكْ، بل هو عامٌّ في جميعِ المُزارعات.

ووجهُ ذلك[2] أنَّ العقدَ يتناهى بِتَناهي الزَّرعِ لِحُصولِ المَقصودِ، فَيَبقى مالٌ مُشتَرَكٌ بينهما ولا عقد، فيجبُ مُؤنَتُه عليهما، وإذا شَرَطا في العقد ذلك، ولا يَقتضيهِ، وفيه منفعةٌ لأحدِهما، يَفسُدُ العقدُ، كَشَرطِ الحَملِ أو الطَّحنِ على العامل.

وعن أبي يوسف: أنَّه يَجوزُ إذا شَرَط ذلك على العاملِ؛ للتَّعاملِ اعتباراً بالاستصناع، وهو اختيارُ مشايخِ بَلْخ. قال شمسُ الأئمَّةِ السَّرخسيُّ: هذا هو الأصحُ في ديارنا.

فالحاصلُ أنَّ ما كان من عَملٍ قبلَ الإدراكِ، كالسَّقي والحِفْظِ، فهو على العاملِ، وما كان منه بعدَ الإدراكِ قبلَ القسمةِ، فهو عليهما في ظاهرِ الرِّوايةِ، كالحصادِ والدِّياسِ وأشباهِهما على ما بيَّنّاه، وما كان بعد القسمةِ فهو عليهما.

والمُعامَلةُ[3] على قياس هذا:

- ما كان قبلَ إدراكِ الثَّمرِ من السَّقي والتَّلقيحِ والحِفْظِ فهو على العاملِ.

(١) «الرفاع» بالفتح والكسر، هو: أن يُرفَع الزَّرعُ إلى البيدر. عناية.

(٢) أي: وجهُ فسادِ العقدِ باشتراطِ أجرةِ أحدِ الأشياءِ المذكورةِ على العاملِ، ووجوبِ الأجرةِ عليهما. بناية.

(٣) أي: المساقاة أيضاً على هذه الوجوه. عناية.

- وما كان بعدَ الإدراكِ كالجِدادِ والحِفظِ فهو عليهما، ولو شُرِطَ الجِدادُ على العاملِ لا يجوزُ بالاتِّفاق؛ لأنَّه لا عُرفَ فيه.

- وما كان بعد القسمةِ فهو عليهما؛ لأنَّه مالٌ مُشتَرَكٌ ولا عقد.

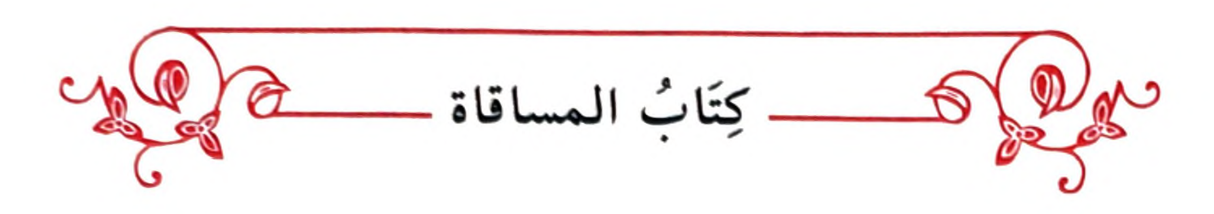
ولو شُرِطَ الحصادُ في الزَّرعِ على ربِّ الأرضِ، لا يجوزُ بالإجماعِ؛ لعدمِ العُرفِ فيه.

ولو أرادا فَصْلَ القَصيلِ[1]، أو جِدادَ التَّمرِ بُسراً، أو التقاطَ الرُّطَبِ، فذلك عليهما؛ لأنَّهما أنهيا العقدَ لمَّا عَزَما على الفَصلِ والجِدادِ بُسراً، فصار كما بعدَ الإدراك، واللهُ أعلم.



(١) «القصيل» اسمٌ لكلِّ زرعٍ بعد النَّباتِ قبلَ الإدراك.

كتاب المساقاة



كِتَابُ المساقاة

قال أبو حنيفة: المُساقاةُ بِجُزءٍ من الثَّمرِ باطلةٌ، وقالا: جائزةٌ إذا ذُكِرَ مُدَّةٌ معلومةٌ، وسُمِّي جُزءٌ من الثَّمَرِ مُشاعاً، ....

(كتاب المساقاة[1])

(قال أبو حنيفة: المُساقاةُ بِجُزءٍ من الثَّمرِ باطلةٌ، وقالا: جائزةٌ إذا ذُكِرَ مُدَّةٌ معلومةٌ وسُمِّي جُزءٌ من الثَّمرِ مُشاعاً).

والمُساقاةُ: هي المُعاملَةُ[2] في الأشجار[3]، والكلامُ فيها كالكلامِ في المُزارعةِ.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ: المُعامَلَةُ جائزةٌ، ولا تجوزُ المُزارعةُ إلَّا تَبعاً للمعاملةِ؛ لأنَّ الأصلَ في هذه المُضاربةُ، والمُعاملَةُ أشبَهُ بها؛ لأنَّ فيه شركةً في الزِّيادةِ دونَ الأصلِ[4].

وفي المُزارعةِ لو شَرَطا الشَّركةَ في الرِّبحِ دونَ البَذْرِ، بأن شَرَطا رَفْعَه من رأسِ الخارجِ تَفسُدُ، فجعلنا المعاملةَ أصلاً، وجَوَّزنا المُزارعةَ تَبعاً لها، كالشِّربِ في بَيعِ الأرضِ، والمَنقولِ في وَقفِ العقارِ.

---

(١) وهي لغةً: مُفاعَلَةٌ من السَّقي. وشرعاً: دَفعُ الشَّجرِ إلى مَن يَصلُحُه بِجُزءٍ من ثمره. غنيمي

(٢) قال الأتقاني: قال في شرح الطَّحاويِّ: «المُساقاة» عبارةٌ عن المُعاملةِ بلغةِ أهلِ المدينةِ، ولأهلِ المدينةِ لُغاتٌ يَختصُّونَ بها، فيقولون للمزارعة: مُخابَرة، وللإجارة بيعاً، ولِلمُضاربة مُقارَضة، وللصَّلاة سجدة. اهـ شرح تبيين الحقائق

(٣) قال الرملي: وقيَّد بالشَّجر لأنَّه لو دَفَعَ الغَنَمَ والدَّجاجَ ودُودَ القَزِّ مُعاملةً لا يجوزُ كما في المجتبى وغيره. عا.

(٤) أي: لأنَّ في عَقدِ المساقاةِ شركةً في الزِّيادةِ، وهو الثَّمر، دونَ الأصلِ وهو الشَّجر، كما هو الحال في المضاربة، فإنَّ الشركةَ في الرِّبحِ دونَ رأسِ المال.

ويُشتَرَطُ تَسميةُ الجُزءِ مُشاعاً، ....

وشَرْطُ المُدَّةِ قياسٌ فيها[1]؛ لأنَّها إجارةٌ معنىً كما في المُزارعة. وفي الاستحسان: إذا لم يُبيِّنِ المُدَّةَ يجوزُ ويَقَعُ على أوَّلِ ثمرٍ يخرجُ؛ لأنَّ الثَّمرَ لإدراكِها وقتٌ معلومٌ، وقلَّما يَتفاوتُ، ويدخلُ فيها ما هو المُتيقَّن، وإدراكُ البَذرِ في أصولِ الرَّطبةِ في هذا[2] بِمَنزلةِ إدراكِ الثِّمارِ؛ لأنَّ له نهايةً معلومةً، فلا يُشترَطُ بيانُ المُدَّة.

بخلافِ الزَّرعِ[3]؛ لأنَّ ابتداءَهُ يَختلِفُ كثيراً، خريفاً وصيفاً وربيعاً، والانتهاءُ بناءً عليه، فتدخلُهُ الجَهالةُ.

وبخلافِ ما إذا دَفَعَ إليه غِرْساً قد عَلِقَ[4] ولم يَبلُغِ الثَّمرَ مُعاملَةً، حيثُ لا يجوزُ إلَّا ببيانِ المُدَّةِ؛ لأنَّه يَتفاوتُ بقوَّةِ الأراضي وضَعفِها تفاوتاً فاحشاً.

وبخلافِ ما إذا دَفَعَ نخيلاً أو أصولَ رَطْبةٍ، على أن يقومَ عليها[5]، أو أطلَقَ في الرَّطبةِ[6]، تفسدُ المعاملةُ؛ لأنَّه ليس لذلك نهايةٌ معلومةٌ؛ لأنَّها[7] تَنمُو ما تُرِكَت في الأرض، فَجُهِلتِ المُدَّة.

(ويُشتَرَطُ تَسميةُ الجُزءِ مُشاعاً)؛ لِما بيَّنَّا في المزارعةِ، إذْ شَرطُ جزءٍ معيَّنٍ يَقطَعُ الشَّركةَ.

---

(١) أي: في المساقاة.

(٢) أي: في عقد المساقاة بدون بيان المدَّة. بناية.

(٣) يتعلَّقُ بقوله: «وفي الاستحسان إذا لم يُبيِّن المدَّةَ يجوز» يعني: ذاك بخلاف المزارعة، فلأنَّها تجوزُ بلا بيانِ المدَّةِ قياساً واستحساناً. بناية.

(٤) أي: نَبتَ ولم يبلغ حدَّ الإثمارِ. عناية.

(٥) معناه: حتَّى تذهبَ أصولُهما وينقطعَ نباتُها. عناية.

(٦) يعني: لم يقلْ حتَّى تذهب أصولُها. عناية.

(٧) أي: الرَّطبة.

فإنْ سَمَّيا في المُعاملَةِ وَقتاً يُعلَمُ أنَّه لا يَخرَجُ الثَّمرُ فيها، فسَدَتِ المعاملةُ. ولو سَمَّيا مُدَّةً قد يَبلُغُ الثَّمرُ فيها، وقد يَتأخَّرُ عنها، جازت. ثمَّ لو خرج في الوقتِ المُسمَّى فهو على الشَّركةِ، وإنْ تأخَّرَ فَللعاملِ أجرُ المِثلِ. وتَجوزُ المُساقاةُ في النَّخلِ والشَّجرِ والكَرْمِ والرِّطابِ وأصولِ الباذنجان، ....

(فإنْ سَمَّيا في المُعاملَةِ وَقتاً يُعلَمُ أنَّه لا يَخرَجُ الثَّمرُ فيها[1]، فسَدَتِ المعاملةُ)؛ لفواتِ المَقصودِ، وهو الشَّركةُ في الخارج.

(ولو سَمَّيا مُدَّةً قد يَبلُغُ الثَّمرُ فيها، وقد يَتأخَّرُ عنها، جازت)؛ لأنَّا لا نَتيقَّنُ بفَواتِ المَقصودِ، (ثمَّ لو خرج في الوقتِ المُسمَّى فهو على الشَّركةِ)؛ لصحَّةِ العقدِ، (وإنْ تأخَّرَ فَللعاملِ أجرُ المِثلِ)؛ لِفَسادِ العقدِ؛ لأنَّه تبيَّنَ الخطأُ في المدَّةِ المُسمَّاةِ، فصار كما إذا عَلِمَ ذلك في الابتداء.

بخلافِ ما إذا لم يَخرجْ أصلاً؛ لأنَّ الذَّهابَ بآفةٍ، فلا يتبيَّنُ فسادُ المدَّةِ، فيبقى العقدُ صحيحاً، ولا شيءَ لكلِّ واحدٍ منهما على صاحبه.

قال: (وتَجوزُ المُساقاةُ في النَّخلِ والشَّجرِ والكَرْمِ والرِّطابِ وأصولِ الباذنجان).

وقال الشَّافعيُّ في الجديد: لا تجوزُ إلَّا في الكَرْمِ والنَّخلِ؛ لأنَّ جوازَها بالأثرِ، وقد خَصَّهما، وهو حديثُ خَيبر[2].

ولنا: أنَّ الجوازَ للحاجةِ، وقد عَمَّت، وأثَرُ خيبرَ لا يَخصُّهما؛ لأنَّ أهلها كانوا يَعملُون في الأشجارِ والرِّطابِ أيضاً، ولو كان كما زعَمَ فالأصلُ في النُّصوصِ أن تكونَ مَعلولةً، سيَّما على أصلِهِ[3].

---

(١) أي: في الوقت، أنَّثه بتأويلِ المُدَّة.

(٢) وقد تقدَّم، انظر ص (١٤٩) ت (١).

(٣) فإنَّ بابه عنده أوسعُ؛ لأنَّه يرى التَّعليلَ بالعِلَّةِ القاصرةِ وبكلِّ وصفٍ قام دليلُ التَّمييزِ على كونِهِ جامعاً بين الأوصاف. وأمَّا نحن فإنَّا لا نُجوِّزُه بالعلَّةِ القاصرة، ويُشترطُ قيامُ الدَّليلِ على أنَّ هذا النَّصَّ بعينه مَعلُولٌ، ومَوضِعُهُ أصولُ الفقه. عناية.

وليس لِصاحِبِ الكَرْمِ أنْ يُخرِجَ العاملَ مِنْ غيرِ عُذرٍ، وكذا ليس للعامِلِ أنْ يَترُكَ العَمَلَ بِغَيرِ عُذرٍ. فإنْ دَفَعَ نَخْلاً فيه تَمْرٌ مُساقاةً، والتَّمرُ يَزيدُ بالعَمَلِ جازَ، وإنْ كانت قد انتَهَتْ لم يَجُزْ. وإذا فَسَدَتِ المُساقاةُ فَلِلعامِلِ أجرُ مِثلِهِ. وتَبطُلُ المُساقاةُ بالمَوتِ. ....

(وليس لِصاحِبِ الكَرْمِ أنْ يُخرِجَ العاملَ مِنْ غيرِ عُذرٍ)؛ لأنَّه لا ضررَ عليه في الوفاءِ بالعقدِ، (وكذا ليس للعامِلِ أنْ يَترُكَ العَمَلَ بِغَيرِ عُذرٍ)، بخلاف المزارعةِ بالإضافةِ إلى صاحبِ البَذرِ على ما قدَّمناه[1].

قال: (فإنْ دَفَعَ نَخْلاً فيه تَمْرٌ مُساقاةً، والتَّمرُ يَزِيدُ بالعَمَلِ جازَ، وإنْ كانت قد انتَهَتْ لم يَجُزْ)، وكذا على هذا إذا دَفَعَ الزَّرعَ وهو بَقْلٌ جاز، ولو استَحصَدَ وأدرَكَ لم يَجُزْ؛ لأنَّ العاملَ إنَّما يَستحِقُّ بالعمل، ولا أثر للعمل بعد التَّناهي والإدراكِ، فلو جوَّزناه لكان استحقاقاً بغير عملٍ، ولم يَرِد به الشَّرعُ، بخلاف ما قبل ذلك لِتَحقُّقِ الحاجةِ إلى العمل.

قال: (وإذا فَسَدَتِ المُساقاةُ فَلِلعامِلِ أجرُ مِثلِهِ)؛ لأنَّه في معنى الإجارة الفاسدةِ، وصار كالمزارعةِ إذا فسدت.

قال: (وتَبطُلُ المُساقاةُ بالمَوتِ)؛ لأنَّها في معنى الإجارةِ وقد بيَّنَّاه فيها، فإنْ ماتَ ربُّ الأرضِ والخارجُ بُسْرٌ، فَلِلعامِلِ أن يَقومَ عليه كما كان يَقومُ قبلَ ذلك إلى أن يُدرِكَ الثَّمر، وإنْ كَرِه ذلك ورثةُ ربِّ الأرضِ استحساناً، فيبقى العقدُ دفعاً للضَّررِ عنه، ولا ضرَرَ فيه على الآخر.

---

(١) إشارة إلى ما ذَكَرَه في المزارعة بقوله: «وإذا عُقِدَتِ المُزارعةُ فامتَنَعَ صاحبُ البَذرِ من العَمَلِ لم يُجبَرْ عليه ....» إلخ.
والحاصلُ: أنَّ المساقاةَ لم تَشتمِلْ على ضَرَرٍ، فكانت لازِمةً من الجانبين، بخلافِ المُزارعةِ فإنَّ صاحبَ البَذرِ يَلحَقُهُ ضَرَرٌ في الحالِ، بإلقاءِ بَذرِهِ في الأرض، فلم تكنْ لازِمةً من جهته. عناية.

ولوِ التَزَمَ العامِلُ الضَّرَرَ يَتخيَّرُ وَرَثَةُ الآخَرِ بينَ أن يَقسِمُوا البُسْرَ على الشَّرطِ، وبينَ أنْ يُعطُوهُ قِيمَةَ نَصيبِهِ من البُسرِ، وبينَ أنْ يُنفِقُوا على البُسرِ حتَّى يَبلُغَ، فَيرجِعُوا بذلك في حِصَّةِ العامِلِ من الثَّمرِ. ولو ماتَ العامِلُ فَلِوَرثَتِهِ أنْ يَقومُوا عليه وإنْ كَرِهَ رَبُّ الأرضِ. فإنْ أرادوا أنْ يَصرِمُوهُ بُسراً، كانَ صاحِبُ الأرضِ بينَ الخياراتِ الثَّلاثةِ. وإنْ ماتا جميعاً فالخيارُ لِوَرثةِ العامِلِ، فإنْ أبى وَرَثَةُ العامِلِ أنْ يَقُومُوا عليه، كان الخيارُ في ذلك لِوَرثَةِ رَبِّ الأرضِ. ....

(ولوِ التَزَمَ العامِلُ الضَّرَرَ يَتخيَّرُ وَرَثَةُ الآخَرِ بينَ أن يَقسِمُوا البُسْرَ على الشَّرطِ، وبينَ أنْ يُعطُوهُ قِيمَةَ نَصيبِهِ من البُسرِ، وبينَ أنْ يُنفِقُوا على البُسرِ حتَّى يَبلُغَ، فَيرجِعُوا بذلك في حِصَّةِ العامِلِ من الثَّمرِ)؛ لأنَّه ليس له إلحاقُ الضَّررِ بهم، وقد بيَّنَّا نظيرَهُ في المزارعة.

(ولو ماتَ العامِلُ فَلِوَرثَتِهِ أنْ يَقومُوا عليه وإنْ كَرِهَ رَبُّ الأرضِ)؛ لأنَّ فيه النَّظرَ من الجانبين، (فإنْ أرادوا أنْ يَصرِمُوهُ بُسراً، كانَ صاحِبُ الأرضِ بينَ الخياراتِ الثَّلاثةِ) التي بيَّنَّاها.

(وإنْ ماتا جميعاً فالخيارُ لِوَرثةِ العامِلِ)؛ لِقيامِهِم مَقامَه، وهذا خِلافَةٌ في حقٍّ ماليٍّ[1]، وهو تَرْكُ الثِّمارِ على الأشجارِ إلى وَقتِ الإدراكِ، لا أن يكونَ وارِثُهُ في الخيار، (فإنْ أبى وَرَثَةُ العامِلِ أنْ يَقُومُوا عليه، كان الخيارُ في ذلك لِوَرثَةِ رَبِّ الأرضِ) على ما وَصَفنا.

---

(١) أي: الخيارُ الثَّابتُ لِوَرثةِ العامِلِ إنَّما هم خلافةٌ في حقٍّ ماليٍّ. وهو جوابٌ عن سؤالٍ مُقدَّر، وهو أن يُقالَ: خيارُ الشَّرطِ لا يُورَثُ عندكم؛ لأنَّه عرَضٌ لا يَقبَلُ النَّقلَ، فكيف يَثبُتُ هذا الخيارُ لهم، فقال: ليس هذا من باب توريثِ الخيارِ، بل هذا خِلافةٌ في حقٍّ ماليٍّ، وهو تَرْكُ الثِّمارِ على الأشجارِ إلى أن تُدرِكَ، فجاز.

وإذا انقضَتْ مُدَّةُ المُعامَلَةِ والخارجُ بُسْرٌ أخضَرُ، فهذا والأوَّلُ سواءٌ، وللعاملِ أنْ يَقومَ عليها إلى أنْ يُدرِكَ، لكن بِغَيرِ أجرٍ. وتُفسَخُ بالأعذارِ. ....

قال: (وإذا انقضَتْ مُدَّةُ المُعامَلَةِ والخارجُ بُسْرٌ أخضَرُ، فهذا والأوَّلُ سواءٌ[1]، وللعاملِ أنْ يَقومَ عليها إلى أنْ يُدرِكَ، لكن بِغَيرِ أجرٍ)؛ لأنَّ الشَّجرَ لا يَجوزُ استئجارُهُ، بخلافِ المُزارعةِ في هذا[2]؛ لأنَّ الأرضَ يَجوزُ استِئجارُها، وكذلك العَمَلُ كلُّه على العاملِ هاهنا[3]، وفي المُزارعةِ في هذا عليهما؛ لأنَّه لمَّا وَجَبَ أجرُ مِثلِ الأرضِ بعدَ انتهاءِ المُدَّةِ على العامل، لا يَستحِقُّ عليه العملَ، وهاهنا لا أجرَ[4]، فجاز أن يُستَحَقَّ العملُ كما يُستَحَقُّ قبلَ انتهائها.

قال: (وتُفسَخُ بالأعذارِ)؛ لِما بيَّنَّا في الإجارات، وقد بيَّنَّا وُجوهَ العُذرِ فيها، ومن جُملَتِها:

- أن يكونَ العاملُ سارقاً يَخافُ عليه سَرِقةَ السَّعَفِ والثَّمرِ قبلَ الإدراكِ؛ لأنَّه يَلزَمُ صاحبَ الأرضِ ضَرَرٌ لم يَلتزِمْهُ فَتُفسَخُ به.

- ومنها: مرَضُ العاملِ إذا كان يُضعِفُهُ عن العملِ؛ لأنَّ في إلزامِهِ استئجارَ الأُجَراءِ زِيادةَ ضَرَرٍ عليه، ولم يَلتزِمْهُ، فَيُجعلُ ذلك عُذراً.

ولو أراد العاملُ تَرْكَ ذلك العملِ هل يكونُ عذرا؟ فيه روايتان، وتأويلُ إحداهما أن يَشترِطَ العملَ بِيَدِهِ فيكونُ عُذراً من جهتِهِ.

(١) أي: صورةُ انقضاءِ المدَّةِ وصورةُ موتِ العاقدينِ سواءٌ في الحكمِ. بناية.

(٢) يعني: في المزارعةِ إذا انقضت مدَّتُها فللعاملِ أن يقومَ عليها إلى أن تنتهي الثِّمارُ، ويجبُ على العاملِ مثلُ أجر الأرضِ إلى أن يُدرِكَ الزَّرعُ؛ لأنَّ الأرضَ يجوزُ استئجارها.

(٣) أي: في صورة المساقاة.

(٤) يعني: في صورة المساقاة لا يَستوجِبُ صاحبُ النَّخلِ بعدَ انقضاءِ المدَّةِ أجرَ مثلِ النَّخلِ على العاملِ، كما كان لا يستوجبُ قبل انقضاءِ المدَّةِ؛ لأنَّه لا يجوزُ إجارةُ النَّخيل إلى أن يدركَ الثَّمر، فكان كلُّ العملِ على العاملِ إلى حينِ الإدراكِ.

ومَنْ دَفَعَ أرضاً بَيضاءَ إلى رَجلٍ سِنينَ مَعلومةً يَغرِسُ فيها شَجَراً، على أنْ تكونَ الأرضُ والشَّجرُ بينَ ربِّ الأرضِ والغارِسِ نِصفَينِ، لم يَجُزْ ذلك، وجميعُ الثَّمرِ والغَرْسِ لِرَبِّ الأرضِ، ولِلغارِسِ قِيمَةُ غَرسِهِ وأُجْرُ مِثلِهِ فيما عَمِلَ.

(ومَنْ دَفَعَ أرضاً بَيضاءَ إلى رَجلٍ سِنينَ مَعلومةً يَغرِسُ فيها شَجَراً، على أنْ تكونَ الأرضُ والشَّجرُ بينَ ربِّ الأرضِ والغارِسِ نِصفَينِ، لم يَجُزْ ذلك)؛ لاشتراطِ الشَّركةِ فيما كان حاصلاً قبلَ الشَّركةِ، لا بِعَملِهِ، (وجميعُ الثَّمرِ والغَرْسِ لِرَبِّ الأرضِ، ولِلغارِسِ قِيمَةُ غَرسِهِ وأُجْرُ مِثلِهِ فيما عَمِلَ)؛ لأنَّه في معنى قَفيزِ الطَّحَّان، إذْ هو استئجارٌ بِبَعضِ ما يَخرُجُ مِنْ عَملِهِ، وهو نصفُ البُستانِ، فَيَفسُدُ، وتَعذَّرَ ردُّ الغِراسِ لاتِّصالِها بالأرضِ، فيجبُ قيمَتُها وأجرُ مثلِهِ؛ لأنَّه[1] لا يَدخُلُ في قيمةِ الغِراسِ لِتَقوُّمِها بِنفسِها.

وفي تَخريجِها[2] طريقٌ آخَرُ بيَّنَّاه في كفاية المُنتهي، وهذا أصحُّهما، والله أعلم.



---

(١) أي: الأجر.

(٢) أي: تخريج هذه المسألة.

كتاب الذبائح



كِتَابُ الذَّبائح

الذَّكاةُ شَرْطُ حِلِّ الذَّبيحَةِ، وذَبِيحَةُ المُسلِمِ والكتابيِّ حَلالٌ، ....

(كتاب الذَّبائح)

قال: (الذَّكاةُ شَرْطُ حِلِّ الذَّبيحَةِ)؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المَائدة: ٣]، ولأنَّ بها يَتميَّزُ الدَّمُ النَّجِسُ من اللَّحمِ الطَّاهرِ. وكما يَثبُتُ به الحِلُّ يَثبُتُ به الطَّهارةُ في المأكولِ وغيرِهِ، فإنَّها تُنبِئُ عنها، ومنه قولُهُ ﷺ: «زَكاةُ الأرضِ يَبَسُها»[1].

وهي اختياريَّةٌ كالجَرْحِ فِيما بينَ اللَّبَّةِ واللَّحيَينِ، واضطراريَّةٌ وهي الجَرْحُ في أيِّ مَوضعٍ كانَ من البَدَنِ. والثَّاني كالبَدَلِ عن الأوَّلِ؛ لأنَّه لا يُصارُ إليه إلَّا عند العَجزِ عن الأوَّلِ، وهذا آيةُ البدليَّةِ، وهذا لأنَّ الأوَّلَ أعمَلُ في إخراجِ الدَّمِ، والثَّاني أقصَرُ فيه، فاكتُفِي به عندَ العَجزِ عن الأوَّلِ، إذِ التَّكليفُ بِحَسَبِ الوُسْعِ.

ومن شَرطِهِ: أن يكونَ الذَّابحُ صاحِبَ مِلَّةِ التَّوحيدِ، إمَّا اعتقاداً كالمُسلِمِ، أو دَعوىً كالكتابيِّ، وأن يكونَ حلالاً خارجَ الحَرَمِ، على ما نبيِّنُه إن شاء الله تعالى.

قال: (وذَبِيحَةُ المُسلِمِ والكتابيِّ حَلالٌ)؛ لِما تلونا[2]، ولقولِهِ تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ﴾ [المَائدة: ٥]، ويَحِلُّ إذا كان يَعقِلُ التَّسميةَ[3] والذَّبيحةَ ويَضبِطُ[4]، وإنْ كان صبيّاً أو مجنوناً أو امرأةً.

أمَّا إذا كان لا يَضبِطُ، ولا يَعقِلُ التَّسميةَ والذَّبيحةَ، لا تَحِلُّ؛ لأنَّ التَّسميةَ

---

(١) تقدَّم (١/ ١٦١).

(٢) أراد قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المَائدة: ٣]، وهو خطابٌ عامٌّ.

(٣) قيل: يعني: يَعقِلُ لفظَ التَّسميةِ. وقيل: يَعقِلُ أنَّ حِلَّ الذَّبيحةِ بالتَّسميةِ. عناية.

(٤) أي: يعلَمُ شرائطَ الذَّبحِ من فَرْيِ الأوداجِ والحُلقومِ. عناية.

ولا تُؤكَلُ ذَبِيحَةُ المَجوسِيِّ والمُرتَدِّ والوَثَنِيِّ والمُحرِمِ، وكذا لا يُؤكَلُ ما ذُبِحَ في الحَرَمِ مِنَ الصَّيدِ. وإنْ تَرَكَ الذَّابحُ التَّسمية عَمداً، فالذَّبيحَةُ مَيْتَةٌ لا تُؤكَلُ، وإنْ تَرَكَها ناسياً أُكِلَ، ....

على الذَّبيحةِ شَرْطٌ بالنَّصِّ، وذلك بالقَصدِ، وصِحَّةُ القَصدِ بما ذكرنا.

والأقلفُ والمَختونُ سواءٌ؛ لِما ذكرنا، وإطلاقُ الكتابيِّ يَنتظِمُ الكتابيَّ والذِّمِّيَّ والحَربيَّ والعربيَّ والتَّغلِبيَّ؛ لأنَّ الشَّرْطَ قيامُ المِلَّةِ على ما مَرَّ.

قال: (ولا تُؤكَلُ ذَبِيحَةُ المَجوسِيِّ)؛ لقوله ﷺ: «سُنُّوا بهم سنَّةَ أهلِ الكتاب، غيرَ ناكِحي نِسائِهم ولا آكِلِي ذَبائِحِهم»[1]، ولأنَّه لا يدَّعِي التَّوحيدَ، فانعَدَمَتِ المِلَّةُ اعتقاداً ودعوى.

قال: (والمُرتَدِّ)؛ لأنَّه لا مِلَّةَ له، فإنَّه لا يُقَرُّ على ما انتقَلَ إليه، بخلافِ الكتابيِّ إذا تحوَّلَ إلى غيرِ دينِهِ؛ لأنَّه يُقَرُّ عليه عندنا، فَيُعتَبَرُ ما هو عليه عند الذَّبح، لا ما قبلَهُ.

قال: (والوَثَنِيِّ)؛ لأنَّه لا يَعتقِدُ المِلَّةَ.

قال: (والمُحرِمِ) يعني: من الصَّيدِ.

(وكذا لا يُؤكَلُ ما ذُبِحَ في الحَرَمِ مِنَ الصَّيدِ)، والإطلاقُ في المُحرِمِ يَنتظِمُ الحِلَّ والحَرَمَ، والذَّبحُ في الحَرَمِ يَستوي فيه الحلالُ والمُحرِمُ، وهذا لأنَّ الذَّكاةَ فِعلٌ مَشروعٌ، وهذا الصَّنيعُ مُحرَّمٌ فلم تكن ذكاةً، بخلافِ ما إذا ذَبَحَ المُحرِمُ غيرَ الصَّيدِ، أو ذَبَحَ في الحَرَمِ غيرَ الصَّيدِ صحَّ؛ لأنَّه فِعلٌ مشروعٌ، إذِ الحَرَمُ لا يُؤمِّنُ الشَّاةَ، وكذا لا يُحرِّمُ ذَبْحَه على المُحرِمِ.

قال: (وإنْ تَرَكَ الذَّابحُ التَّسمية عَمداً، فالذَّبيحَةُ مَيْتَةٌ لا تُؤكَلُ، وإنْ تَرَكَها ناسياً أُكِلَ)، وقال الشَّافعيُّ: أكلَ في الوجهين[2]، ....

---

(١) تقدم في فصل المحرمات ... (٢/ ١٩) ت (١).

(٢) انظر حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي (٤/ ٢٤٣) ط عيسى الحلبي، وروضة الطالبين (٣/ ٢٠٥) ط المكتب الإسلامي.

وقال مالك: لا يُؤكَلُ في الوَجهين[1].

والمُسلِمُ والكتابيُّ في تَركِ التَّسميةِ سواءٌ.

وعلى هذا الخلافِ إذا ترَكَ التَّسميةَ عندَ إرسالِ البازيِّ والكلبِ، وعندَ الرَّمي.

وهذا القولُ من الشَّافعيِّ مُخالِفٌ للإجماعِ، فإنَّه لا خِلافَ فِيمَنْ كان قبلَهُ في حُرمةِ مَتروكِ التَّسميةِ عامداً، وإنَّما الخِلافُ بينهم في مَتروكِ التَّسميةِ ناسياً فَمِنْ مذهبِ ابنِ عمر رضي الله عنهما أنَّه يَحرُمُ، ومِنْ مذهبِ عليٍّ وابنِ عبَّاس رضي الله عنهم أنَّه يَحِلُ، بخلافِ مَتروكِ التَّسميةِ عامداً، ولهذا قال أبو يوسف والمشايخُ رحمهم الله: إنَّ مَتروكَ التَّسميةِ عامداً لا يَسَعُ فيه الاجتهادُ، ولو قَضَى القاضي بِجَوازِ بَيعِهِ لا يَنفُذُ لِكَونِهِ مُخالِفاً للإجماعِ.

له: قولُهُ ﷺ: «المُسلِمُ يَذبَحُ على اسمِ الله تعالى، سَمَّى أو لم يُسمِّ»[2]، ولأنَّ التَّسميةَ لو كانت شَرْطاً لِلحِلِّ لَما سَقَطَت بعذرِ النِّسيانِ، كالطَّهارةِ في باب الصَّلاةِ، ولو كانت شرطاً فالمِلَّةُ أقيمتْ مَقامَها كما في النَّاسي.

ولنا: الكتابُ وهو قولُه تعالى: ﴿وَلَا تَأۡكُلُواْ مِمَّا لَمۡ يُذۡكَرِ ٱسۡمُ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ﴾[الأنعام: ١٢١] الآية، نَهيٌ وهو للتَّحريم. والإجماعُ وهو ما بيَّنَّا. والسُّنَّةُ وهو حديثُ عَدِي بنِ حاتِمِ

---

(١) مذهب المالكيَّة: أنَّ متروكَ التَّسميةِ ناسياً يؤكل، انظر حا الدسوقي على الشرح الكبير (٢/ ١٠٦)، وجواهر الإكليل (١/ ٢١٢).

(٢) قال الزيلعي (٤/ ١٨٢): غريب بهذا اللَّفظ، وفي معناه ما أخرجه الدَّارقطني في الأشربة وغيرها، باب: الصيد والذبائح (٩٨)، والبيهقي في الكبرى، كتاب الصيد والذبائح، باب: من ترك التسمية وهو ممن تحل ذبيحته (١٨٦٦٩) عن ابن عبَّاس أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «المسلمُ يكفيهِ اسمُهُ، فإن نَسي أن يُسمِّيَ حينَ يَذبَحُ، فَليُسمِّ ولْيَذكرِ اسمَ اللهِ، ثمَّ ليأكل».

وفي صحيح البخاري في الذبائح والصيد، باب: ذبيحة الأعراب ونحوهم (٥١٨٨) عن عائشة رضي الله عنها: أنَّ قوماً قالوا للنَّبيِّ ﷺ: إنَّ قوماً يأتوننا باللَّحم، لا ندري أَذُكِرَ اسمُ اللهِ عليه أم لا؟، فقال: «سَمُّوا عليه أنتم وكُلُوه».

الطَّائي رضي الله عنه، فإنَّه ﷺ قال في آخِرِهِ: «فإنَّك إنَّما سَمَّيتَ على كلبِكَ، ولم تُسمِّ على كَلبِ غَيرِكَ»[١] علَّلَ الحُرمةَ بِتَركِ التَّسميةِ.

ومالكٌ يَحتجُّ بظاهِرِ ما ذكرنا، إذْ لا فَصْلَ فيه، ولكنَّا نقول: في اعتبارِ ذلك من الحَرَجِ ما لا يخفى؛ لأنَّ الإنسانَ كثيرُ النِّسيانِ، والحرَجُ مدفوعٌ، والسَّمعُ[٢] غير مُجرىً على ظاهرِهِ؛ إذْ لو أُريد به لَجَرَتِ المُحاجَّةُ، وظهَرَ الانقيادُ، وارتفَعَ الخلافُ في الصَّدرِ الأوَّل.

والإقامةُ في حقِّ النَّاسي وهو مَعذورٌ، لا يدلُّ عليها في حقِّ العامد ولا عُذر، وما رواهُ مَحمولٌ على حالةِ النِّسيان.

ثمَّ التَّسميةُ في ذكاةِ الاختيارِ تُشتَرَطُ عند الذَّبحِ، وهي على المذبوح. وفي الصَّيد تُشتَرَطُ عندَ الإرسالِ والرَّمي، وهي على الآلة؛ لأنَّ المَقدُورَ له في الأوَّلِ الذَّبحُ، وفي الثَّاني الرَّميُ والإرسالُ، دونَ الإصابةِ، فَتُشترطُ عندَ فعلٍ يَقدِرُ عليه، حتَّى إذا أضجَعَ شاةً وسمَّى، فَذَبَحَ غيرَها بتلكِ التَّسميةِ لا يجوزُ.

ولو رمى إلى صيدٍ وسمَّى وأصابَ غيرَهُ حَلَّ، وكذا في الإرسالِ.

ولو أضجَعَ شاةً وسَمَّى، ثمَّ رمى بالشَّفرةِ وذَبَحَ بالأخرى أُكِلَ، ولو سَمَّى على سَهمٍ ثمَّ رمى بِغَيرِهِ صيداً لا يُؤكَل.

---

(١) الحديث أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في الذبائح والصَّيد، باب: صيد المعراض (٥١٥٩)، ومسلم في كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب: الصيد بالكلاب المعلَّمة (١٩٢٩) عن عَدِي بن حاتِمٍ رضي الله عنه قال: سألتُ رسولَ اللهِ ﷺ عن المِعراضِ، فقال: «إذا أصبتَ بِحَدِّهِ فَكُلْ، فإذا أصابَ بِعَرضِهِ فَقَتَلَ، فإنَّه وَقِيذٌ فلا تأكل»، فقلتُ: أرسِلُ كلبي؟ قال: «إذا أرسلتَ كلبَكَ وسَمَّيتَ فَكُلْ»، قلت: فإن أكَلَ؟ قال: «فلا تأكلْ؛ فإنَّه لم يُمسِكْ عليكَ، إنَّما أمسَكَ على نفسِهِ»، قلت: أُرسِلُ كلبي فأجِدُ معَهُ كلباً آخَرَ؟ قال: «لا تأكلْ؛ فإنَّكَ إنَّما سمَّيتَ على كلبِكَ ولم تُسمِّ على آخَر».

(٢) أي: المسموعُ في هذا البابِ من الآيةِ والحديثِ ... إلخ.

ويُكرَهُ أن يَذكُرَ مع اسمِ اللهِ تعالى شيئاً غيرَهُ، وأن يقولَ عندَ الذَّبحِ: «اللَّهمَّ تَقبَّلْ مِنْ فُلانٍ»، ....

قال: (ويُكرَهُ أن يَذكُرَ مع اسمِ اللهِ تعالى شيئاً غيرَهُ. وأن يقولَ عندَ الذَّبحِ: «اللَّهمَّ تَقبَّلْ مِنْ فُلانٍ»)، وهذه ثلاثُ مسائل:

إحداها: أن يَذكُرَ مَوصولاً لا مَعطوفاً[١]، فَيُكرَهُ ولا تَحرُمُ الذَّبيحةُ، وهو المرادُ بما قال. ونظيرُهُ أن يقول: «باسم اللهِ مُحمدٌ[٢] رسولُ الله»؛ لأنَّ الشَّركةَ لم تُوجَدْ، فلم يكنِ الذَّبحُ واقعاً له، إلَّا أنَّه يُكرَه لِوُجودِ القِرانِ صورةً، فيُتصوَّر بصورةِ المُحرَّم.

والثَّانية: أن يُذكَرَ مَوصولاً على وَجهِ العَطفِ والشَّركةِ، بأن يقول: «باسمِ اللهِ واسمِ فلانٍ»، أو يقولَ: «باسمِ اللهِ وفلانٍ»، أو «باسمِ اللهِ ومُحمَّدٍ رسولِ اللهِ» بكسر الدَّالِ، فَتحرُمُ الذَّبيحةُ؛ لأَنَّه أُهِلَّ به لغير الله.

والثَّالثة: أن يقولَ مَفصولاً عنه صورةً ومعنىً، بأنْ يَقولَ قبلَ التَّسميةِ وقبلَ أنْ يُضجِعَ الذَّبيحةَ أو بعدَهُ. وهذا لا بأسَ به لِما رُوي عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه قال بعدَ الذَّبحِ: «اللَّهمَّ تَقبَّلْ هذه عن أمَّةِ محمَّد مِمَّنْ شَهِدَ لك بالوَحدانيَّة وَلِيَ بالبلاغ»[٣].

---

(١) أي: أن يذكرَ الشَّيءَ موصولاً باسمِهِ تعالى، بغير عطفٍ بحرفٍ من حروف العطفِ، كأن يقول: «بسم الله، اللهمَّ تقبَّل من فلان» أو «منِّي».

(٢) برفع الدَّال، ولو خَفَضَها لا تحلُّ، ذكره في النَّوازل، وقيل: هذا إذا كان يعرف النَّحوَ. بناية وقال التُّمرتاشي: إن خفَضَه لا يَحِلُّ لأنَّه يَصيرُ ذابحاً بهما، وإنْ رَفَعَه حَلَّ لأنَّهُ كلامٌ مبتدأ، وإن نصَبَه اختلفوا فيه، فقال بعضهم: على قياس ما رُوي عن محمد رحمه الله، أنَّه لا يرى الخَطأ في النَّحو مُعتَبَراً في بابِ الصَّلاة ونحوها، لا يَحرُمُ. عناية.

(٣) الحديث أخرجه مسلم في الأضاحي، باب: استحباب الضحية وذبحها مباشرة بلا توكيل والتسمية والتكبير (١٩٦٧) عن عائشة: أنَّ رسولَ الله ﷺ أمَرَ بِكَبشٍ أقرَنَ، يَطأ في سوادٍ ويَبرُكُ في سَوادٍ ويَنظُرُ في سَوادٍ، فَأُتي به فقال لها: «يا عائشةُ هَلمِّي المِدْيَةَ»، ثمَّ قال: «اشحَذِيها بِحَجَرٍ»، فَفَعَلَتْ، ثمَّ أخَذَها وأخَذَ الكَبْشَ فأضجَعَهُ ثمَّ ذَبَحَه، ثمَّ قال: «باسمِ اللهِ، اللَّهمَّ تَقبَّلْ من محمَّدٍ وآلِ محمَّدٍ، ومن أمَّةِ محمَّد» ثمَّ ضحَّى به.

والذَّبحُ بينَ الحَلْقِ واللَّبَّةِ، والعُرُوقُ التي تُقطَعُ في الذَّكاةِ أربعَةٌ: الحُلقُومُ، والمَرْيُ، والوَدَجَانِ، ....

والشَّرطُ هو الذِّكرُ الخالصُ المُجرَّدُ على ما قال ابنُ مسعودٍ رضي الله عنه: «جَرِّدُوا التَّسميةَ»[1]، حتَّى لو قال عندَ الذَّبحِ: «اللَّهمَّ اغفِرْ لي» لا يَحِلُّ؛ لأنَّه دعاءٌ وسؤالٌ[2]، ولو قال: «الحمدُ لله» أو «سبحان الله» يُريدُ التَّسميةَ حَلَّ، ولو عطَسَ عندَ الذَّبحِ فقال: «الحمد لله» لا يَحِلُّ في أصحِّ الرِّوايتين؛ لأنَّه يريدُ به الحمدَ على نِعَمِه دونَ التَّسميةِ.

وما تَداوَلَتْهُ الألسُنُ عند الذَّبح، وهو قوله: «باسم اللهِ واللهُ أكبَرُ» منقولٌ عن ابنِ عبَّاس رضي الله عنهما في قوله تعالى: ﴿فَٱذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَا صَوَآفَّۖ﴾ [الحجّ: ٣٦].

قال: (والذَّبحُ بينَ الحَلْقِ واللَّبَّةِ)، وفي الجامع الصَّغير: لا بأسَ بالذَّبحِ في الحَلْقِ كلِّهِ، وَسَطِه وأعلاه وأسفَلَه، والأصلُ فيه قولُهُ ﷺ: «الذَّكاةُ ما بينَ اللَّبَّةِ واللَّحيين»[3]، ولأنَّه مَجمَعُ المَجرَى والعُروقِ، فَيَحصُلُ بالفعلِ فيه إنهارُ الدَّمِ على أبلَغِ الوجوهِ، فكان حكمُ الكلِّ سواءً.

قال: (والعُرُوقُ التي تُقطَعُ في الذَّكاةِ أربعَةٌ: الحُلقُومُ، والمَرْيُ، والوَدَجَانِ)؛ لقوله ﷺ: «أفرِ الأوداجَ[4] بِما شِئتَ»[5]. وهي اسمُ جَمعٍ، وأقلُّهُ الثَّلاثُ، فَيَتناولُ

---

(١) في البناية: هذا غريب لم يثبت عن ابن مسعودٍ، وإنَّما ذُكر عن أصحابنا في كتبهم. اهـ

(٢) أي: فلم يكن ذكراً خالصاً. بناية.

(٣) قال الزيلعي (٤/ ١٨٥): غريب بهذا اللفظ، وأخرج الدَّار قطني في الأشربة وغيرها، باب: الصيد والذبائح والأطعمة وغير ذلك (٤٥) عن أبي هريرة: بعَثَ رسولُ الله ﷺ بُدَيلَ بنَ وَرقاءَ الخُزاعيَّ على جَمَلٍ أورَقَ، يصيحُ في فِجاج مِنى: «ألا إنَّ الذَّكاةَ في الحَلْقِ واللَّبَّةِ، ولا تَعجَلُوا الأنفُسَ أن تُزهَقَ، وأيَّامُ مِنى أيَّامُ أكلٍ وشُربٍ وبعال»، وإسنادُهُ واهٍ.
وأخرجه عبد الرزَّاق موقوفاً على ابن عباس، وعلى عمر: «الذَّكاةُ في الحَلقِ واللَّبةِ».

(٤) أي: اقطعها.

(٥) الحديث أخرجه بغير هذا اللفظ بسند صحيح أبو داود في الذبائح، باب: الذبيحة بالمروة (٢٨٢٤) =

وعندنا: إنْ قَطَعَها حَلَّ الأكلُ، وإنْ قَطَعَ أكثَرَها فكذلكَ عند أبي حنيفة. ....

المَري والوَدَجَينِ، وهو حُجَّةٌ على الشّافعيِّ[1] في الاكتفاءِ بالحُلقوم والمَري، إلَّا أنَّه لا يُمكِنُ قَطْعُ هذه الثَّلاثةِ إلَّا بِقَطعِ الحُلقومِ، فيثبتُ قطعُ الحُلقومِ باقتضائِهِ.

وبظاهِرِ ما ذكرنا يَحتجُّ مالكٌ[2]، ولا يَجوزُ الأكثَرُ منها بل يُشتَرَطُ قَطْعُ جَميعِها.

(وعندنا: إنْ قَطَعَها حَلَّ الأكلُ، وإنْ قَطَعَ أكثَرَها فكذلكَ عند أبي حنيفة)، وقالا: لا بدَّ من قَطعِ الحُلقومِ والمَريء وأحدِ الوَدَجينِ.

قال رضي الله عنه: هكذا ذكَرَ القدوريُّ الاختلافَ في مُختَصَرِهِ. والمشهورُ في كُتُب مشايخنا رحمهم الله أنَّ هذا قولُ أبي يوسف وَحْدَه.

وقال في الجامع الصَّغير: إنْ قَطَعَ نصفَ الحُلقومِ ونصفَ الأوداجِ لم يُؤكَل، وإن قطَعَ أكثَرَ الأوداجِ والحلقومِ قبلَ أن يَموتَ أُكِلَ. ولم يَحكِ خِلافاً، فاختلفتِ الرِّوايةُ فيه.

والحاصلُ: أنَّ عند أبي حنيفة إذا قَطَعَ الثَّلاثَ، أيَّ ثلاثٍ كان، يَحِلُّ، وبه كان يقولُ أبو يوسف أوَّلاً، ثمَّ رَجَعَ إلى ما ذكرنا.

وعن محمَّد: أنَّه يُعتَبَرُ أكثَرُ كلِّ فردٍ، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنَّ كلَّ فردٍ منها أصلٌ بنفسِهِ؛ لانفصالِهِ عن غيرِهِ، ولِوُرودِ الأمرِ بِفَريهِ، فَيُعتَبَرُ أكثَرُ كلِّ فردٍ منها.

عن عَدِي بن حاتِم قال: قلت: يا رسول الله أرأيتَ إن أحدنا أصابَ صيداً وليس معه سكّينٌ، أيذبَحُ بالمَروةِ وشِقَّةِ العَصا؟ فقال: «أمِرَّ الدَّمَ بما شِئتَ واذكرِ اسمَ الله ﷻ».

وأخرجه كذلك النسائي في الصغرى، كتاب الصيد والذبائح، س باب: الصيد إذا أنتن (٤٣٠٤)، وابن ماجه في الذبائح، باب: ما يذكّى به (٣١٧٧).

(١) انظر الحاوي للماوردي (١٥/ ٨٧ - ٨٨)، ومغني المحتاج (٤/ ٣٩٣ - ٣٤٠).

(٢) مذهب المالكية: أنّه يشترط قطعُ جميعِ الحلقومِ والودجينِ. انظر الشرح الكبير (٢/ ٩٩).

وَيَجوزُ الذَّبحُ بالظُفرِ والسِّنِّ والقَرْنِ إذا كان مَنزُوعاً، حتَّى لا يكونُ بِأكلِهِ بأسٌ، إلَّا أنَّهُ يُكرَهُ هذا الذَّبحُ.

ولأبي يوسف: أنَّ المقصودَ من قَطعِ الوَدَجينِ إنهارُ الدَّمِ، فَينوبُ أحَدُهما عن الآخرِ؛ إذ كلُّ واحدٍ منهما مَجرى الدَّم. أمَّا الحلقومُ فَيُخالِفُ المَريءَ، فإنَّهُ مَجرَى العَلَفِ والماءِ، والمَريءُ مَجرى النَّفَسِ، فلا بدَّ من قطعِهما.

ولأبي حنيفة: أنَّ الأكثَرَ يقومُ مَقامَ الكلِّ في كثيرٍ من الأحكام، وأيُّ ثلاثٍ قطَعَها فقد قطَعَ الأكثَرَ منها، وما هو المقصودُ يَحصُلُ بها، وهو إنهارُ الدَّمِ المَسفوحِ، والتَّوحِيَةُ[1] في إخراجِ الرُّوحِ؛ لأنَّه لا يَحيا بعدَ قَطعِ مَجرى النَّفسِ أو الطَّعامِ، ويَخرُجُ الدَّمُ بِقَطعِ أحدِ الوَدَجينِ، فَيُكتَفَى به تَحرُّزاً عن زيادةِ التَّعذيب، بخلافِ ما إذا قَطَعَ النِّصفَ؛ لأنَّ الأكثَرَ باقٍ، فكأنَّه لم يَقطع شيئاً، احتياطاً لجانبِ الحُرمةِ.

قال: (وَيَجوزُ الذَّبحُ بالظُفرِ والسِّنِّ والقَرْنِ إذا كان مَنزُوعاً، حتَّى لا يكونُ بِأكلِهِ بأسٌ، إلَّا أنَّهُ يُكرَهُ هذا الذَّبحُ).

وقال الشَّافعيُّ[2]: المذبوحُ ميتةٌ؛ لقوله ﷺ: «كلُّ ما أنهَرَ الدَّمَ وأفرى الأوداجَ، ما خلا الظُّفرَ والسِّنَّ فإنَّهما مُدَى الحَبشةِ»[3]، ولأنَّه فِعلٌ غيرُ مَشروعٍ فلا يكونُ ذَكاةً، كما إذا ذَبَحَ بغير المَنزوعِ.

---

(١) أي: الإسراع والتَّعجيلُ، من وَحَّاه تَوحيةً، أي: عجَّله، تقول: وَحَّى فلانٌ ذبيحَتَه، إذا ذَبَحها ذَبحاً سَرِيعاً. لسان العرب

(٢) انظر مغني المحتاج (٤/ ٣٤٤)، وروضة الطالبين (٣/ ٢٤٣) ط المكتب الإسلامي.

(٣) أخرج البخاري في الذبائح والصيد، باب: إذا أصاب قوم غنيمة فذبح بعضهم غنما أو إبلا بغير أمر أصحابهم لم تؤكل (٥٢٢٣)، ومسلم في الأضاحي، باب: جواز الذبح بكل ما أنهر الدم إلا السن والظفر وسائر العظام (١٩٦٨) عن رافع بن خديج قال: قلت للنَّبيِّ ﷺ: إنَّا نلقى العدوَّ غداً وليس معنا مُدَى، فقال: «ما أنهَرَ الدَّمَ وذُكِرَ اسمُ اللهِ فَكُلُوا، ما لم يكن سِنَّاً ولا ظُفراً، وسأحدِّثُكم عن ذلك، أمَّا السِّنُّ فَعَظمٌ، وأمَّا الظُّفرُ فَمُدَى الحبشةِ»، واللفظ للبخاري.

وَيَجوزُ الذَّبحُ باللِّيطةِ والمَروَةِ وكلِّ شيءٍ أنهَرَ الدَّمَ، إلّا السِّنَّ القائمَ والظُّفرَ القائمَ. ويُستَحَبُّ أنْ يُحِدَّ الذَّابحُ شَفرَتَهُ. ....

ولنا: قولُه ﷺ: «أنهِرِ الدَّمَ بما شِئتَ»، ويُروى «أفرِ الأوداجَ بما شِئتَ»[1].

وما رواه محمولٌ على غيرِ المَنزوعِ، فإنَّ الحَبَشَةَ كانوا يفعلونَ ذلك، ولأنَّه آلةٌ جارحةٌ فَيَحصُلُ به ما هو المقصودُ، وهو إخراجُ الدَّمِ، وصارَ كالحَجَرِ والحديدِ، بخلافِ غيرِ المَنزوعِ؛ لأنَّه يَقتُلُ بالثِّقلِ فيكونُ في معنى المُنخنِقَةِ.

وإنَّما يُكرَهُ لأنَّ فيه استعمالَ جُزءِ الآدميِّ، ولأنَّ فيه إعساراً على الحيوانِ، وقد أُمِرنا فيه بالإحسانِ.

قال: (وَيَجوزُ الذَّبحُ باللِّيطةِ والمَروَةِ[2] وكلِّ شيءٍ أنهَرَ الدَّمَ، إلَّا السِّنَّ القائمَ والظُّفرَ القائمَ)، فإنَّ المذبوحَ بِهما ميتةٌ لِما بيَّنَّا، ونصَّ محمدٌ في الجامع الصَّغيرِ على أنَّها ميتةٌ لأنَّه وَجَدَ فيه نصَّاً، وما لم يَجِدْ فيه نصَّاً يَحتاطُ في ذلك، فيقولُ في الحلِّ: لا بأسَ به، وفي الحُرمةِ يقول: يُكرَهُ، أو لم يُؤكَل.

قال: (ويُستَحَبُّ أنْ يُحِدَّ الذَّابحُ شَفرَتَهُ)؛ لقوله ﷺ: «إنَّ اللهَ تعالى كَتَبَ الإحسانَ على كلِّ شيءٍ، فإذا قَتَلتُمْ فأحسِنُوا القِتلَةَ، وإذا ذَبَحتُم فأحسِنُوا الذِّبحةَ، وَلْيُحِدَّ أحدُكُم شَفرَتَهُ ولْيُرِحْ ذَبيحَتَه»[3].

---

(1) تقدَّم الكلامُ عن هذا الحديث، ص (١٨٢) ت (٣).

في البناية: والأحسن أن يُستدلَّ لأصحابنا بما أخرجه البخاري في الوكالة، باب: إذا أبصر الراعي أو الوكيل شاة تموت أو شيئا يفسد ذبح وأصلح ما يخاف عليه الفساد (٢١٨١) عن كعب بن مالك: أنَّه كانت لهم غنَمٌ ترعَى بِسَلْعٍ، فأبصَرَتْ جاريةٌ لنا بِشاةٍ من غَنَمِنا مَوتاً، فكَسَرَتْ حَجَراً فَذَبَحَتْها به، فقال لهم: لا تأكلوا حتَّى أسألَ النَّبيَّ ﷺ، أو أرسلَ إلى النَّبيِّ ﷺ مَن يسألُهُ، وأنَّه سأل النَّبيَّ ﷺ عن ذاك، أو أرسل فأمَرَهُ بأكلِها.

(2) «اللِّيطة» بكسر اللام: قِشرُ القَصب، و«المَروة»: الحَجَرُ الحاد. عناية.

(3) الحديث أخرجه الجماعةُ إلا البخاري، وهو عند مسلم في الصيد والذبائح، باب: الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشفرة (١٩٥٥) عن شَدَّاد بنِ أوس قال: ثِنتانِ حَفِظتُهما عن رَسولِ اللهِ ﷺ =

ومَنْ بَلَغَ بالسِّكِّينِ النُّخاعَ، أو قَطَعَ الرَّأسَ، كُرِهَ له ذلك، وتؤكَلُ ذَبيحَتُهُ. ....

ويُكرَهُ أن يُضجِعَها ثمَّ يُحِدَّ الشَّفرةَ؛ لِما رُوي عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه رأى رجلاً أضجَعَ شاةً وهو يُحِدُّ شَفرَتَهُ فقال: «لقد أردتَ أن تُمِيتَها مَوتاتٍ، هلا حَدَّدتَها قبلَ أنْ تُضجِعَها»[1].

قال: (ومَنْ بَلَغَ بالسِّكِّينِ النُّخاعَ، أو قَطَعَ الرَّأسَ، كُرِهَ له ذلك، وتُؤكَلُ ذَبيحَتُهُ)، وفي بعض النُّسخ: «قَطَعَ» مكان «بَلَغَ».

والنُّخاعُ عِرقٌ أبيضُ في عَظم الرَّقبةِ، أمَّا الكراهةُ فَلِما رُوي عن النَّبيِّ ﷺ «أنَّه نَهى أنَّ تُنخَعَ الشَّاةُ إذا ذُبِحَتْ»[2]، وتَفسيرُهُ ما ذكرناه، وقيل معناه: أنْ يُمَدَّ رأسُهُ حتَّى يَظهَرَ مَذبَحُهُ، وقيل: أن يُكسَرَ عُنُقُه قبلَ أن يَسكُنَ من الاضطرابِ، وكلُّ ذلك مكروهٌ، وهذا لأنَّ في جميعِ ذلك، وفي قَطعِ الرَّأسِ زيادةَ تَعذيبِ الحيوانِ بلا فائدةٍ، وهو منهيٌّ عنه.

والحاصلُ: أنَّ ما فيه زيادةُ إيلامٍ لا يُحتاجُ إليه في الذَّكاة، مَكروهٌ.

ويُكرَهُ أن يَجُرَّ ما يُريدُ ذَبْحه بِرِجلِهِ إلى المَذبَحِ، وأنْ تُنخَعَ الشَّاةُ قبلَ أن تَبرُدَ، يعني: تَسكُنَ من الاضطرابِ، وبعدَهُ لا ألم فلا يُكرَهُ النَّخعُ والسَّلخُ، إلَّا أنَّ الكراهةَ لِمَعنى زائدٍ، وهو زيادةُ الألمِ قبلَ الذَّبحِ أو بعدَهُ، فلا يُوجِبُ التَّحريمَ، فلهذا قال:

= قال: «إنَّ الله كَتَبَ الإحسانَ على كلِّ شيءٍ، فإذا قَتَلتم فأحسِنُوا القِتلةَ، وإذا ذَبحتُم فأحسِنُوا الذِّبحَ، وَليُحِدَّ أحدُكُم شَفرتَهُ وليُرِحْ ذَبيحَتَه».

(١) الحديث أخرجه الحاكم (٤/ ٢٥٧) (٧٥٦٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما: أنَّ رجلاً أضجَعَ شاةً يُريدُ أن يَذبَحَها وهو يُحِدُّ شَفرَتَه، فقال النَّبيُّ ﷺ: أتريدُ أن تُمِيتَها مَوتاتٍ، هلا حَددتَ شَفرتَكَ قبل أن تُضجِعَها»، وقال: هذا حديث صحيح على شرط البخاري ولم يُخرِّجاه.

(٢) قال الزيلعي (٤/ ١٨٨):
غريب، وبمعناه ما رواه الطَّبراني في الكبير (١٢/ ٢٤٨) (١٣٠٤٦) من حديثِ ابنِ عبَّاس أنَّ النَّبيَّ ﷺ «نهى عن الذَّبيحةِ أن تُفرَسَ قبل أن تموت». وقال إبراهيمُ الحربيُّ في غَرِيبِهِ: الفَرْسُ أنْ تُذبَحَ الشَّاةُ فَتُنخَعَ.

فإنْ ذَبَحَ الشَّاةَ مِنْ قَفاها، فَبَقِيَتْ حيَّةً حتَّى قَطَعَ العُروقَ حَلَّ، وإنْ ماتَتْ قبلَ قطعِ العُروقِ لم تُؤكَلْ. وما استأنَسَ مِنَ الصَّيدِ فَذَكاتُهُ الذَّبحُ، وما تَوَحَّشَ مِنَ النَّعَمِ فَذَكاتُهُ العَقْرُ والجَرْحُ، وكذا ما تَردَّى مِنَ النَّعَمِ في بِئرٍ، ووَقَعَ العَجزُ عن ذَكاةِ الاختيارِ. ....

تُؤكلُ ذبيحتُهُ.

قال: (فإنْ ذَبَحَ الشَّاةَ مِنْ قَفاها، فَبَقِيَتْ حيَّةً حتَّى قَطَعَ العُروقَ حَلَّ)؛ لِتَحقُّقِ الموتِ بما هو ذكاةٌ، ويُكرَهُ لأنَّ فيه زيادةَ الألمِ من غيرِ حاجةٍ، فصار كما إذا جَرَحها ثمَّ قَطَعَ الأوداجَ. (وإنْ ماتَتْ قبلَ قَطعِ العُروقِ لم تُؤكَلْ)؛ لوجودِ الموتِ بما ليس بِذَكاةٍ فيها.

قال: (وما استأنَسَ مِنَ الصَّيدِ فَذَكاتُهُ الذَّبحُ، وما تَوَحَّشَ مِنَ النَّعَمِ فَذَكاتُهُ العَقْرُ والجَرْحُ)؛ لأنَّ ذكاةَ الاضطرارِ إنَّما يُصارُ إليها عندَ العَجزِ عن ذَكاةِ الاختيارِ على ما مَرَّ، والعَجزُ مُتحقِّقٌ في الوَجهِ الثَّاني دونَ الأوَّلِ، (وكذا ما تَردَّى مِنَ النَّعَمِ في بِئرٍ، ووَقَعَ العَجزُ عن ذَكاةِ الاختيارِ)؛ لِما بيَّنَّا.

وقال مالك[1]: لا يَحِلُّ بذكاةِ الاضطرارِ في الوَجهينِ؛ لأنَّ ذلك نادرٌ.

ونحن نقول: المُعتَبَرُ حقيقةُ العَجزِ وقد تَحقَّقَ، فَيُصارُ إلى البدلِ، كيف وإنَّا لا نُسلِّم النُّدرةَ، بل هو غالبٌ.

وفي الكتابِ أطلَقَ فيما تَوحَّشَ من النَّعَمِ[2]. وعن محمد: أنَّ الشَّاةَ إذا نَدَّتْ في الصَّحراءِ فَذَكاتُها العَقرُ، وإن ندَّتْ في المِصرِ لا تَحِلُّ بالعَقرِ؛ لأنَّها لا تَدفَعُ

---

(١) قال الدسوقي في حا على الشرح الكبير (٢/١٠٣): جميعُ الحيواناتِ المُتأنسة إذا ندَّت فيها فإنَّها لا تؤكل بالعَقرِ عملاً بالأصل، وهذا هو المشهور، ومقابلُهُ ما لابن حبيب أنَّه إن ندَّ غيرُ البقرِ لم يؤكل بالعَقرِ، وإن ندَّ البقرُ جاز أكلُهُ بالعقر؛ لأنَّ البقر لها أصلٌ في التوحُّشِ ترجعُ إليه لِشَبَهِها ببقر الوحش.

(٢) أي: ولم يُفصِّل بين النَّدِّ في الصَّحراء والنَّدِّ في المصر.

والمُستَحَبُّ في الإبلِ النَّحرُ، فإنْ ذَبَحَها جازَ ويُكرَهُ. والمُستَحَبُّ في البَقرِ والغَنَمِ الذَّبحُ، فإنْ نَحَرَهما جازَ ويُكرَهُ. ومَنْ نَحرَ ناقةً أو ذَبحَ بَقَرَةً، فَوَجَدَ في بَطنِها جَنيناً مَيْتاً، لم يُؤكَلْ أشعَرَ أو لم يُشعِرْ.

عن نَفسِها، فَيُمكِنُ أخذُها في المِصرِ، فلا عجز، والمِصرُ وغيرُهُ سواءٌ في البقرِ والبَعيرِ؛ لأنَّهما يَدفَعانِ عن أنفُسِهما فلا يُقدَرُ على أخذِهما، وإن ندًّا في المصرِ فَيَتحقَّقُ العجزُ، والصِّيالُ كالنَّدِّ إذا كان لا يَقدِرُ على أخذِهِ، حتَّى لو قَتَلَه المَصولُ عليه وهو يريدُ الذَّكاةَ حَلَّ أكلُهُ.

قال: (والمُستَحَبُّ في الإبلِ النَّحرُ، فإنْ ذَبحَها جازَ ويُكرَهُ. والمُستَحَبُّ في البَقرِ والغَنَمِ الذَّبحُ، فإنْ نَحَرَهما جازَ ويُكرَهُ)، أمَّا الاستحبابُ فَلِمُوافقةِ السُّنَّةِ المُتوارَثَةِ، ولاجتماعِ العُرُوقِ فيها في المَنحَرِ وفيهما في المَذبَحِ، والكراهةُ لِمُخالفَةِ السُّنَّةِ، وهي لِمَعنى في غيرِهِ فلا تَمنَعُ الجوازَ والحِلَّ، خلافاً لِما يقوله مالكٌ: إنَّه لا يَحِلُّ.

قال: (ومَنْ نَحرَ ناقةً أو ذَبحَ بَقَرَةً، فَوَجَدَ في بَطنِها جَنيناً مَيْتاً، لم يُؤكَلْ أشعَرَ أو لم يُشعِرْ[1])، وهذا عند أبي حنيفة، وهو قولُ زُفر والحسنِ بنِ زياد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: إذا تَمَّ خَلقُهُ أُكِلَ، وهو قولُ الشَّافعيِّ[2] لقوله ﷺ: «ذكاةُ الجَنينِ ذكاةُ أمِّهِ»[3]، ولأنَّه جزءٌ من الأمِّ حقيقةً؛ لأنَّه مُتَّصلٌ بها حتَّى

---

(١) معناه: نبَتَ شعرُهُ أو لم يَنبُت. مثل: أعشَبَ المَكانُ. عناية.

(٢) في المجموع للنووي (٩/ ١٢٧): فقال الشَّافعيُّ والأصحاب: إذا ذَبح المأكولةَ فوجَدَ في جوفِها جنيناً ميتاً، فهو حلالٌ بلا خلافٍ، سواءٌ أشعَرَ أم لا .اهـ وانظر روضة الطالبين (٢/ ٥٤٦) ط الكتب العلمية

(٣) الحديث رواه بهذا اللفظ أبو داود في الذبائح، باب: ما جاء في ذكاة الجنين (٢٨٢٧)، والترمذي في الأطعمة، باب: ذكاة الجنين (١٧٦٤)، وابن ماجة في الذبائح، باب: ذكاة الجنين ذكاة أمه =

يُفصَلَ بالمِقراض، ويتغذَّى بغذائها، ويَتنفَّس بِتَنفُّسِها، وكذا حُكماً حتَّى يَدخلُ في البيع الواردِ على الأمِّ، ويَعتِقُ بإعتاقِها، وإذا كان جُزءٌ منها فالجَرحُ في الأمِّ ذكاةٌ له عندَ العَجزِ عن ذَكاتِهِ كما في الصَّيد.

وله: أنَّه أصلٌ في الحياةِ، حتَّى تُتصوَّرُ حياتُهُ بعدَ مَوتِها، وعند ذلك يُفرَدُ بالذَّكاةِ، ولهذا يُفرَدُ بإيجابِ الغُرَّةِ، ويَعتِقُ بإعتاقِ مُضافٍ إليه، وتَصحُّ الوصيَّةُ له وبه، وهو حيوانٌ دَمَويٌّ، وما هو المقصودُ من الذَّكاة - وهو التَّمييزُ بين الدَّم واللَّحمِ - لا يَتحَصَّلُ بِجَرحِ الأمِّ، إذ هو ليس بسببٍ لِخُروجِ الدَّمِ عنه، فلا يُجعَلُ تَبَعاً في حقِّه، بخلافِ الجَرحِ في الصَّيدِ؛ لأنَّه سببٌ لِخُروجِهِ ناقصاً، فيُقامُ مُقامَ الكامِلِ فيه عندَ التَّعذُّر.

وإنَّما يَدخُلُ في البيعِ تَحرِّياً لِجَوازِهِ كي لا يَفسُدَ باستثنائِهِ، ويَعتِقُ بإعتاقِها كي لا يَنفصِلَ من الحُرَّةِ وَلَدٌ رقيقٌ.

= (٣١٩٩) عن أبي سعيد الخدري. ورواه أيضا أبو داود في الذبائح، باب: ما جاء في ذكاة الجنين (٢٨٢٨) من حديث جابر بن عبد الله، والحاكم (١٢٨/٤) (٧١١٠) من حديث أبي هريرة، و(٧١١١) عن ابن عمر، و(٧١١٢) عن أبي أيوب.

والحديث روي عن أحد عشر نفساً من الصحابة كما قال العيني في البناية.

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل

ولا يَجوزُ أكلُ ذي نابٍ من السِّباعِ، ولا ذي مِخلَبٍ مِنَ الطُّيورِ، ولا بأسَ بِغُرابِ الزَّرعِ، ....

(فصل فيما يحل أكله وما لا يحل)

قال: (ولا يَجوزُ أكلُ ذي نابٍ من السِّباعِ، ولا ذي مِخلَبٍ مِنَ الطُّيورِ)؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ «نهى عن أكلِ كلِّ ذي مِخلَبٍ من الطُّيورِ، وكلِّ ذي نابٍ من السِّباع»[1].

وقولُهُ: «مِنَ السِّباع» ذُكِرَ عَقيبَ النَّوعينِ، فَينصرِفُ إليهما، فَيتناولُ سِباعَ الطُّيورِ والبهائمِ؛ لا كُلَّ ما له مِخلبٌ أو نابٌ[2]. والسَّبُعُ كلُّ مُختطِفٍ مُنتهِبٍ جارحٍ قاتلٍ عادٍ عادةً.

ومعنى التَّحريم - واللهُ أعلم - كرامةُ بني آدَمَ كي لا يَعدُو شيءٌ من هذِهِ الأوصافِ الذَّميمةِ إليهم بالأكلِ، ويدخُلُ فيه الضَّبعُ والثَّعلبُ، فيكون الحديثُ حجَّةً على الشَّافعيِّ رحمه الله في إباحتهما[3]، والفيلُ ذو نابٍ فيُكرَه، واليَربوعُ وابنُ عُرسٍ من السِّباعِ الهَوامِّ.

وكَرِهُوا أكلَ الرَّخَمِ والبُغاثِ لأنَّهما يأكلانِ الجِيَفَ.

قال: (ولا بأسَ بِغُرابِ الزَّرعِ)؛ لأنَّه يأكلُ الحَبَّ ولا يأكلُ الجِيفَ، وليس من سباعِ الطَّير.

---

(١) أخرجه مسلم في الصَّيد، باب: تحريم أكل كل ذي ناب من السباع (١٩٣٤) عن ابن عباس قال: نهى رسولُ الله ﷺ عن كلِّ ذي نابٍ من السِّباع، وعن كلِّ ذي مِخلَبٍ من الطَّير».

(٢) في هذا الاستدلال نظر؛ لأنَّه لم يُذكر قطُّ في الحديث في رواياتِ الثِّقاتِ لفظة «السِّباع» إلا مقدَّمةً عن «كل ذي مخلب»، انظر تتمَّة الكلام في البناية.

(٣) انظر نهاية المحتاج (٨/ ١٤٣ - ١٤٤) ط مصطفى الحلبي، ومغني المحتاج (٤/ ٣٧٧).

ولا يُؤكَلُ الأبقَعُ الذي يَأكلُ الجِيَفَ، وكذا الغُدافُ، وقال أبو حنيفة: لا بأسَ بأكلِ العَقْعَقِ. ويُكرَه أكلُ الضَّبُعِ والضَّبِّ والسُّلَحْفاةِ والزَّنبورِ والحَشَراتِ كلِّها. ولا يَجوزُ أكلُ الحُمُرِ الأهليَّةِ والبِغالِ. ....

قال: (ولا يُؤكَلُ الأبقَعُ[١] الذي يَأكلُ الجِيَفَ، وكذا الغُدافُ[٢])

(وقال أبو حنيفة: لا بأسَ بأكلِ العَقْعَقِ)؛ لأنَّه يَخلِطُ، فأشبَهَ الدَّجاجةَ. وعن أبي يوسف: أنَّه يُكرَهُ؛ لأنَّ غالبَ أكلِهِ الجِيَفُ.

قال: (ويُكرَه أكلُ الضَّبُعِ والضَّبِّ والسُّلَحْفاةِ والزَّنبورِ والحَشَراتِ كلِّها).

أمَّا الضَّبُعُ فَلِما ذكرنا[٣]، وأمَّا الضَّبُّ فلأنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عائشةَ رضي الله عنها حين سألته عن أكلِهِ[٤]. وهي حجَّةٌ على الشَّافعيِّ في إباحتِهِ.

والزُّنبورُ من المُؤذيات.

والسُّلَحْفاةُ من خَبائِثِ الحشَراتِ، ولهذا لا يَجبُ على المُحرِمِ بِقَتلِهِ شيءٌ، وإنَّما تُكرهُ الحشراتُ كلُّها استدلالًا بالضَّبِّ لأنَّه منها.

قال: (ولا يَجوزُ أكلُ الحُمُرِ الأهليَّةِ والبِغالِ)؛ لِما روى خالدُ بنُ الوليدِ رضي الله عنه «أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن لُحومِ الخيلِ والبغالِ والحَميرِ»[٥]، وعن عليٍّ رضي الله عنه

---

(١) أي: الغراب الأبقع.

(٢) وهو غرابُ القَيظ، أي: يأتي في زمان الحرِّ الشَّديد.

(٣) أراد أنَّه ذو ناب فيدخل في عموم قول ابن عباس: «نهى رسولُ الله ﷺ عن كلِّ ذي نابٍ من السِّباع»، وتقدَّم.

(٤) في البناية: رواه محمد بن الحسن عن الأسود عن عائشةَ رضي الله عنها، أنَّه ﷺ أهدي له ضبٌّ فلم يأكلْهُ، فسألته عن أكلِهِ فَنَهاها عن أكلِهِ، فجاء سائلٌ على الباب فأرادت عائشةُ أن تُعطيَهُ، فقال ﷺ: «تعطيه ما لا تأكلين».

وفي سنن أبي داود، كتاب الأطعمة، باب: في أكل الضَّبِّ (٣٧٩٦) عن عبد الرَّحمنِ بنِ شبل: أنَّ رسولَ الله ﷺ نهى عن أكلِ لحمِ الضَّبِّ.

(٥) أخرجه بهذا اللفظ أبو داود في الأطعمة، باب: في أكل لحوم الخيل (٣٧٩٠)، وابن ماجه في الذبائح، باب: لحوم البغال (٣١٩٨).

ويُكرَهُ لَحْمُ الفَرَسِ عند أبي حنيفة. ....

«أنَّ النَّبيَّ ﷺ أهدَرَ المُتعَةَ، وحَرَّمَ لُحومَ الحُمُرِ الأهليَّةِ يومَ خَيبر»[١].

قال: (ويُكرَهُ لَحْمُ الفَرَسِ عند أبي حنيفة)، وهو قولُ مالكٍ[٢].

وقال أبو يوسف ومحمد والشَّافعيُّ[٣] رَحِمَهُمُ اللَّهُ: لا بأسَ بأكلِهِ لحديثِ جابرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّه قال: «نهى رسولُ اللهِ ﷺ عن لُحومِ الحُمرِ الأهليَّةِ، وأذِنَ في لُحومِ الخيلِ يومَ خيبرَ»[٤].

ولأبي حنيفةَ قولُهُ تعالى: ﴿وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ لِتَرۡكَبُوهَا وَزِينَةٗ﴾[النحل: ٨]، خرجَ مَخرَجَ الامتنانِ، والأكلُ مِن أعلى مَنافِعِها، والحكيمُ لا يَتركُ الامتنانَ بأعلى النِّعَمِ ويَمتَنُّ بأدناها[٥]، ولأنَّه آلةُ إرهابِ العدوِّ، فيُكرَهُ أكلُهُ احتراماً له، ولهذا يُضرَبُ له بِسَهمٍ في الغنيمةِ، ولأنَّ في إباحتِهِ تقليلَ آلةِ الجهادِ.

وحديثُ جابرٍ مُعارَضٌ بحديثِ خالد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، والتَّرجيحُ لِلمحرِّم.

ثمَّ قيل: الكراهةُ عنده كراهةُ تحريمٍ. وقيل: كراهةُ تَنزيهٍ. والأوَّلُ أصحُّ.

وأمَّا لَبَنُهُ فقد قيل: لا بأسَ به؛ لأنَّه ليس في شُربِهِ تقليلُ آلةِ الجهادِ.

---

(١) أخرجه البخاري في المغازي، باب: غزوة خيبر (٣٩٧٩)، ومسلم في النكاح، باب: نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثمَّ نُسِخ (١٤٠٧) عن عليِّ بن أبي طالب أنَّ رسولَ الله ﷺ نهى عن مُتعةِ النِّساءِ يومَ خَيبر، وعن أكلِ لُحومِ الحُمرِ الإنسيَّة.

(٢) المعتمد عند المالكيَّة أنَّه يحرمُ أكل لحم الفرس.
انظر حا الدسوقي على الشرح الكبير (١/ ٤٩).

(٣) انظر روضة الطالبين (٣/ ٢٧١) ط المكتب الإسلامي، وانظر مغني المحتاج (٤/ ٣٧٧).

(٤) البخاري في الذبائح والصيد، باب: لحوم الحمر الإنسية (٥٢٠٤)، ومسلمٌ في الصيد والذَّبائح وما يؤكل من الحيوان، باب: في أكل لحوم الخيل (١٩٤١)، واللَّفظ له، عن جابرِ بنِ عبد الله: أنَّ رسولَ الله ﷺ نهى يومَ خَيبر عن لحومِ الحمرِ الأهليَّةِ وأذِنَ في لُحومِ الخيلِ».

(٥) أراد: أنَّ تَرْكَ أعلى النِّعمِ، والذَّهابَ إلى ما دونه، دليلُ حُرمةِ الأعلى.

ولا بأسَ بِأكلِ الأرنبِ. وإذا ذَبَحَ ما لا يُؤكَلُ لَحْمُهُ طَهُرَ جِلدُهُ ولَحمُهُ إلَّا الآدميَّ والخِنزيرَ. ....

قال: (ولا بأسَ بأكلِ الأرنبِ)؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ أكلَ منه حينَ أُهدِيَ إليه مَشوِيّاً، وأمَرَ أصحابَهُ رضي الله عنهم بالأكلِ منه[1]، ولأنَّه ليس من السِّباعِ، ولا مِنْ أكَلَةِ الجِيَفِ، فأشبَهَ الظَّبيَ.

قال: (وإذا ذَبَحَ ما لا يُؤكَلُ لَحْمُهُ طَهُرَ جِلدُهُ ولَحمُهُ إلَّا الآدميَّ والخِنزيرَ[2])، فإنَّ الذَّكاةَ لا تَعمَلُ فيهما، أمَّا الآدميُّ فَلِحُرمتِهِ وكَرامتِهِ، والخنزيرُ لِنَجاستِهِ كما في الدِّباغِ.

وقال الشَّافعي[3]: الذَّكاةُ لا تُؤثِّرُ في جَميعِ ذلك؛ لأنَّه لا يُؤثِّر في إباحةِ اللَّحمِ أصلاً، وفي طهارتِهِ وطهارةِ الجلدِ تَبعاً، ولا تَبَعَ بدونِ الأصلِ، وصار كَذَبحِ المَجوسيِّ.

---

(١) قال الزيلعي: كأنَّهما حديثان:
الأوَّل: أخرجه البخاري في الهبة وفضلها، باب: قبول هدية الصيد (٢٤٣٣) عن أنس رضي الله عنه قال: أنْفَجْنا أرنباً بِمَرِّ الظَّهرانِ، فسَعَى القومُ فَلَغِبُوا، فأدركتُها فأخذتُها، فأتيتُ بها أبا طلحةَ فذَبَحَها وبعَثَ بها إلى رسول الله ﷺ بِوَرِكِها - أو فَخِذَيها، قال: فَخِذَيها لا شَكَّ فيه - فَقَبِلَهُ. قلتُ وأكَلَ منه؟ قال: وأكَلَ منه، ثمَّ قال بعدُ: قَبِلَهُ.
الثاني: أخرجه النسائي في الصغرى عن موسى بنِ طَلحةَ قال: أُتِيَ النَّبيُّ ﷺ بأرنبٍ قد شَواها رَجلٌ، فلمَّا قَدَّمَها إليه قال: يا رسول الله إنِّي قد رأيتُ بها دماً، فَتَرَكَها رسولُ الله ﷺ فلم يأكلها، وقال لِمَن عنده: «كُلُوا فإنِّي لو اشتَهَيتُها أكَلْتُها»، ورجلٌ جالسٌ فقال رسولُ الله ﷺ: «أُدنُ فَكُلْ مع القوم»، فقال يا رسولَ اللهِ إنِّي صائمٌ قال: «فهلا صُمتَ البيضَ» قال: وما هنَّ؟ قال: «ثلاثَ عشرة، وأربعَ عشرة، وخمسَ عشرة».
(٢) تقدَّم معك ما نقلتُهُ عن الشُّرنبلالي، من أنَّ المعتمد أنَّها تطهِّر جلدَ غير المأكولِ دونَ لحمه. انظر (١/ ٩٦) ت (١٠).
(٣) وفي روضة الطالبين (١/ ١٥١) ط الكتب العلمية: ولو ذُكِّي غيرُ مأكولٍ، فجِلدُهُ نجسٌ كلحمِهِ. قلت: ولو ذَبَحَ حماراً زَمِناً، أو غيرَه ممَّا لا يُؤكَلُ، للتَّوصل إلى دبغِ جلدِهِ، لم يَجُز عندنا. والله أعلم.

ولا يُؤكَلُ مِنْ حَيَوانِ الماءِ إلَّا السَّمَكُ، ....

ولنا: أنَّ الذَّكاةَ مُؤثِّرةٌ في إزالةِ الرُّطوباتِ والدِّماءِ السَّيَّالةِ، وهي النَّجِسةُ دونَ ذاتِ الجِلدِ واللَّحمِ، فإذا زالتْ طَهُرَ كما في الدِّباغ.

وهذا الحكمُ مَقصودٌ في الجِلدِ كالتَّناولِ في اللَّحمِ، وفِعلُ المَجوسيِّ إماتةٌ في الشَّرعِ، فلا بدَّ من الدِّباغِ.

وكما يُطهِّرُ لحمَهُ يُطهِّرُ شَحمَهُ، حتَّى لو وَقَعَ في الماءِ القليلِ لا يُفسِدُهُ، خلافاً له.

وهل يجوزُ الانتفاعُ به في غير الأكلِ؟ قيل: لا يجوزُ اعتباراً بالأكل. وقيل: يجوزُ كالزَّيتِ إذا خالَطَهُ وَدَكُ المَيتةِ والزَّيتُ غالبٌ، لا يُؤكَلُ ويُنتَفَعُ به في غيرِ الأكلِ.

قال: (ولا يُؤكَلُ مِنْ حَيَوانِ الماءِ إلَّا السَّمَكُ)، وقال مالكٌ وجماعةٌ من أهلِ العلمِ بإطلاقِ جَميعِ ما في البحرِ. واستثنى بَعضُهُم الخِنزيرَ والكلبَ والإنسانَ.

وعن الشَّافعيِّ[1] أنَّه أطلَقَ ذاك كلَّه.

والخلافُ في الأكلِ والبيعِ واحدٌ.

لهم: قولُهُ تعالى ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾[المَائدة: ٩٦] من غير فَصلٍ، وقولُهُ ﷺ في البحر: «هو الطَّهورُ ماؤه والحِلُّ مَيتَتُهُ»[2]، ولأنَّه لا دَمَ في هذه الأشياءِ، إذِ الدَّمويُّ لا يَسكُنُ الماءَ، والمُحرِّمُ هو الدَّمُ، فأشبَهَ السَّمكَ.

---

(١) قال النوويُّ في المجموع (٩/ ٣١): ما يعيشُ في الماءِ وإذا خرج منه كان عيشُهُ عيشَ المَذبوحِ كالسَّمك بأنواعه، فهو حلالٌ ولا حاجةَ إلى ذبحِهِ بلا خلاف، بل يَحِلُّ مُطلَقاً سواءٌ مات بسببٍ ظاهرٍ كضغطةٍ أو صَدمةِ حَجرٍ أو انحسارِ ماءٍ أو ضربٍ من الصَّيَّادِ أو غيره أو ماتَ حَتْفَ أنفِهِ، سواءٌ طفا على وجهِ الماء أم لا، وكلُّه حلالٌ بلا خلافٍ عندنا، وأمَّا ما ليس على صورةِ السُّموكِ المَشهورةِ ففيه ثلاثةُ أوجهٍ مشهورةٍ، أصَحُّها عند الأصحاب يَحِلُّ الجميعُ وهو المَنصوصُ للشَّافعي في الأمِّ ومُختصر المُزني.

(٢) تقدَّم، انظر (١/ ٨٠) ت (٢).

ويُكرَهُ أكلُ الطَّافي منه، ....

قلنا: قوله تعالى ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]، وما سوى السَّمكِ خبيثٌ، ونهى رسولُ الله ﷺ عن دَواءٍ يُتَّخذُ فيه الضِّفدعُ[١]، ونَهى عن بَيعِ السَّرطانِ[٢].

والصَّيدُ المذكورُ فيما تلا محمولٌ على الاصطيادِ، وهو مُباحٌ فيما لا يَحِلُّ[٣]، والميتةُ المَذكورةُ فيما روى مَحمولَةٌ على السَّمكِ، وهو حلالٌ مُستثنى من ذلك؛ لقوله ﷺ: «أُحِلَّتْ لنا مَيتتانِ ودَمانِ، أمَّا المَيتتانِ فالسَّمَكُ والجَرادُ، وأمَّا الدَّمانِ فالكَبِدُ والطِّحالُ»[٤].

قال: (ويُكرَهُ أكلُ الطَّافي منه)، وقال مالكٌ[٥] والشَّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ[٦]: لا بأسَ به لإطلاقِ ما روينا[٧]، ولأنَّ مَيتةَ البَحرِ موصوفةٌ بالحِلِّ بالحديث[٨].

---

(١) أخرج النسائي في الصغرى، كتاب الصيد والذبائح، باب: الضفدع (٤٣٥٥)، أبو داود في الأدب، باب: في قتل الضفدع (٥٢٦٩) عن عبد الرَّحمن بن عثمان: أنَّ طبيباً سأل النَّبيَّ ﷺ عن ضِفدَعٍ يَجعَلُها في دواءٍ فَنهاهُ النَّبيُّ ﷺ عن قَتلِها.
قال المنذري في حواشيه: فيه دليلٌ على تحريمِ أكلِ الضِّفدع؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن قَتلِهِ، والنَّهيُ عن قَتلِ الحَيوانِ، إمَّا لِحُرمتِهِ، كالآدميِّ، وإمَّا لِتَحريمِ أكلِهِ كالصُّرَدِ والهُدهُدِ، والضِّفدعُ ليس بِمُحتَرَمٍ، فكان النَّهيُ مُنصرِفاً إلى الوجهِ الآخَرِ، انتهى. زيلعي.

(٢) نهيُ النبيِّ ﷺ عن بيع السَّرطانِ، ليس بموجود في الكتبِ المشهورةِ في الحديث، وليس له أصل. بناية.

(٣) أي: مباحٌ لِمنافعَ أخرى غيرِ الأكلِ.

(٤) أخرجه بهذا اللَّفظ أحمد (٢/ ٩٧) (٥٧٢٣)، وابن ماجه في الأطعمة، باب: الكبد والطِّحال (٣٣١٤)، وغيرهما إلا أنَّهم قالوا: «فالحوت».

(٥) قال الصاوي في حا على الشرح الصغير (١/ ٣٢٣) ط مصطفى الحلبي: اعلم أنَّ ميتةَ البحرِ طاهرةٌ ولو تغيَّرت بِنُتُونةٍ، إلَّا أن يتحقَّقَ ضَررُها فيحرُمُ أكلُها لذلك، لا لنجاستها.

(٦) انظر ص (١٩٢) ت (١).

(٧) يعني: قوله ﷺ: «هو الطَّهور ماؤه ...» إلخ.

(٨) أراد قوله ﷺ المتقدِّم: أحلت لنا ميتتان ...» الحديث.

ولا بأسَ بِأكلِ الجِرِّيثِ والمَارْماهي وأنواعِ السَّمكِ والجَرادِ بلا ذَكاةٍ.

ولنا: ما رَوى جابرٌ رضي الله عنه عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه قال: «ما نَضَبَ عنه الماءُ فَكُلُوا، وما لَفَظَه الماءُ فَكُلُوا، وما طَفَا فلا تَأكُلُوا»[1]، وعن جماعةٍ من الصَّحابةِ مِثلُ مَذهبِنا.

ومَيتةُ البحرِ ما لَفَظَهُ البحرُ لِيَكونَ مَوتُهُ مضافاً إلى البحر، لا ما ماتَ فيه من غيرِ آفةٍ.

قال: (ولا بأسَ بِأكلِ الجِرِّيثِ والمَارْماهي وأنواعِ السَّمكِ والجَرادِ بلا ذَكاةٍ)، وقال مالكٌ[2]: لا يَحِلُّ الجَرادُ إلَّا أن يَقطعَ الآخِذُ رأسَهُ أو يَشوِيَهُ؛ لأنَّه صيدُ البَرِّ، ولهذا يَجِبُ على المُحرِمِ بِقَتلِهِ جزاءٌ يَليقُ به، فلا يَحِلُّ إلَّا بالقتل كما في سائرِهِ.

والحُجَّةُ عليه ما روينا[3]. وسُئِلَ عليٌّ رضي الله عنه عن الجَرادِ يَأخُذُهُ الرَّجلُ من الأرضِ وفيها الميتُ وغيرُهُ، فقال: «كُلْهُ كُلَّه»[4]، وهذا عُدَّ من فَصاحتِهِ، ودَلَّ على إباحتِهِ وإنْ مات حَتفَ أنفِهِ.

---

(١) الحديث أخرج نحوه ابن ماجه في الصيد، باب: الأرنب (٣٢٤٧)، أبو داود في الأطعمة، باب: في أكل الطَّافي من السَّمك (٣٨١٥)، واللَّفظُ له عن جابر بن عبد الله قال: قال رسولُ الله ﷺ: «ما ألقى البحرُ أو جَزَرَ عنه فَكُلُوه، وما ماتَ فيه وَطَفَا فلا تأكلوه».

(٢) مذهب المالكية: أنَّ ذكاةَ الجرادِ ونحوه ممَّا ليس له نفسٌ سائلةٌ، تكونُ بأيِّ فعلٍ يموتُ به، سواءٌ عجَّل الموتَ كقطعِ الرَّقبةِ، أم لم يُعجِّلِ الموتَ، كقطعِ جناحِهِ أو رجلِهِ، ولا يؤكلُ ما قُطع منه. انظر الشرح الكبير المطبوع في هامش حا الدسوقي (٢/ ١١٤).

(٣) أراد قوله ﷺ: «أحلت لنا ميتتان ...» الحديث.

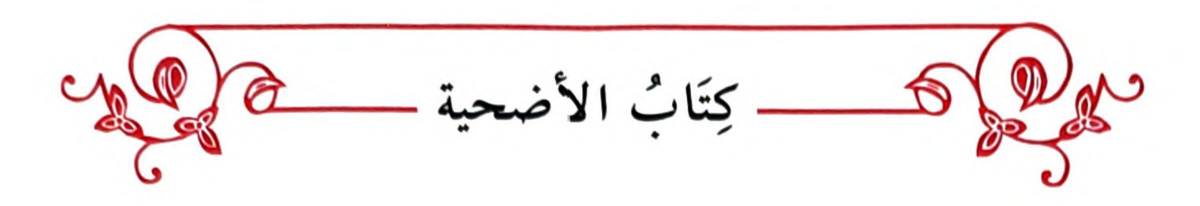
(٤) قال الزيلعي (٤/ ٢٠٥): غريب بهذا اللفظ، وروى عبد الرَّزاق عن عليٍّ قال: «الحيتان والجرادُ ذَكِيٌّ كلُّه».
وأخرج عن عمر بن الخطاب قال: «الحوتُ ذكيٌّ كُلُّه، والجَرادُ ذَكيٌّ كلُّه».
وروى الطبراني في الكبير (١٢/ ٣٥٧) (١٣٣٦٧) عن ابن عمر عن النَّبيِّ ﷺ قال: «كلُّ دابَّةٍ من دوابِّ البَرِّ والبحرِ ليس لها دَمٌ يَنعقِدُ، فليس لها ذكاةٌ».

بخلافِ السَّمكِ إذا ماتَ من غيرِ آفةٍ؛ لأنَّا خَصَصناه بالنَّصِّ الواردِ في الطَّافي.

ثمَّ الأصلُ في السَّمكِ عندنا أنَّه إذا ماتَ بآفةٍ يَحِلُّ كالمأخوذ، وإذا مات حَتْفَ أنفِهِ من غيرِ آفةٍ لا يَحِلُّ كالطَّافي، وتَنسحِبُ عليه فروعٌ كثيرةٌ بيَّنَّاها في كفايةِ المنتهي، وعند التَّأمُّلِ يَقِفُ المُبرِّزُ عليها: منها إذا قَطَعَ بعضَها فماتَ، يَحِلُّ أكلُ ما أُبِينَ وما بقي؛ لأنَّ موتَهُ بآفةٍ، وما أُبينَ من الحيِّ وإن كان ميتاً فَميتَتُهُ حلال. وفي الموتِ بالحرِّ والبردِ روايتان، والله أعلم.



كتاب الأضحية



كِتَابُ الأضحية

الأضحيةُ واجبةٌ على كُلِّ حُرٍّ، مُسلِمٍ، مُقيمٍ، مُوسِرٍ، في يومِ الأضحى عن نَفسِهِ وعَنْ وَلَدِهِ الصِّغارِ، ....

(كتاب الأضحية[1])

قال: (الأضحيةُ واجبةٌ على كُلِّ حُرٍّ، مُسلِمٍ، مُقيمٍ، مُوسِرٍ، في يومِ الأضحى عن نَفسِهِ وعَنْ وَلَدِهِ الصِّغارِ).

أمَّا الوجوبُ فقولُ أبي حنيفة ومحمَّد وزفر والحسن وإحدى الرِّوايتينِ عن أبي يوسف رَحِمَهُمُ اللَّهُ، وعنه أنَّها سنَّةٌ، ذكَرَه في الجوامع، وهو قولُ الشَّافعيِّ[2].

وذكر الطَّحاويُّ أنَّها على قولِ أبي حنيفة واجبةٌ، وعلى قول أبي يوسف ومحمَّد سنَّةٌ مؤكَّدةٌ، وهكذا ذكر بعضُ المشايخ الاختلافَ.

وجهُ السُّنةِ قولُهُ ﷺ: «مَن أرادَ أن يُضحِّي منكم فلا يأخُذْ من شَعرِهِ وأظفارِهِ

---

(١) الأضحيةُ في اللُّغة: اسمُ ما يُذبَحُ في يومِ الأضحية، وهي أُفعولة، وكان أصلُهُ «أُضحُوْيَةٌ» اجتمعت الواو والياء وسُبِقَت إحداهما بالسُّكونِ، فَقُلِبتِ الواوُ ياءً وأُدغِمتِ الياءُ في الياءِ وكُسِرَت الحاءُ لِتُناسِبَ الياءَ، ويُجمَع على «أضاحيّ» بتشديدِ الياء.

قال الأصمعيُّ: وفيها أربعُ لُغات: «أُضحية» بضمِّ الهمزةِ، وبِكسرِها، و«ضَحيَّة» بفتح الضَّادِ، على وَزنِ فَعِيلة كهديَّة وهَدايا، و«أضحاة»، وجمعُهُ «أضحى» كأرطاة وأرطى، وقال الفراء: «الأضحى» يُذكَّر ويؤنَّث.

وفي الشَّريعة: عبارةٌ عن ذَبحِ حَيوانٍ مُخصوصٍ في وَقتٍ مَخصوصٍ، وهو يوم الأضحى. عناية.

(٢) قال الشافعيُّ في الأم (٣/ ٥٧٧) ط دار الوفاء: الضَّحايا سنَّةٌ لا أحبُّ تركها. اهـ. وانظر مغني المحتاج (٤/ ٣٥٥) ط دار الفكر.

شيئاً»[1] والتَّعليقُ بالإرادةِ يُنافي الوُجوبَ، ولأنَّها لو كانت واجبةً على المُقيمِ لَوَجَبَتْ على المُسافرِ؛ لأنَّهما لا يَختلفانِ في الوَظائفِ الماليَّةِ، كالزَّكاةِ، وصارَ كالعَتيرةِ.

ووجهُ الوجوبِ قولُهُ ﷺ: «مَنْ وَجَدَ سَعَةً ولم يُضَحِّ فلا يَقرَبَنَّ مُصلانا»[2]، ومثلُ هذا الوعيدِ لا يُلحَقُ بِتَركِ غيرِ الواجبِ، ولأنَّها قُربةٌ يُضاف إليها وَقتُها، يُقال: «يومُ الأضحى»، وذلك يُؤذِنُ بالوجوبِ؛ لأنَّ الإضافةَ للاختصاصِ، وهو بالوجودِ، والوُجوبُ هو المُفضِي إلى الوُجودِ ظاهراً بالنَّظرِ إلى الجنس.

غيرَ أنَّ الأداءَ يَختَصُّ بأسبابٍ يَشُقُّ على المسافرِ استحضارُها، ويَفوتُ بِمُضيِّ الوقتِ، فلا تَجِبُ عليه، بمنزلة الجُمعةِ.

والمرادُ بالإرادةِ فيما روي - واللهُ أعلم - ما هو ضدُّ السَّهوِ، لا التَّخيير.

والعَتيرةُ مَنسوخةٌ، وهي شاةٌ تُقامُ في رَجبٍ على ما قيل[3].

وإنَّما اختَصَّ الوجوب بالحرِّيَّةِ لأنَّها وظيفةٌ ماليَّةٌ لا تتأدَّى إلَّا بالمِلْك، والمالكُ هو الحُرُّ. وبالإسلامِ لكونها قُربةً. ....

---

(١) أخرجه الجماعةُ إلا البخاري، وهو عند مسلم في الأضاحي، باب: نهي من دخل عليه عشرُ ذي الحِجَّة وهو مريدُ التَّضحيةِ أن يأخذ من شعرِهِ أو أظفاره شيئاً، (١٩٧٧) عن أمِّ سلمة أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «إذا رأيتُمْ هلالَ ذي الحِجَّةِ وأرادَ أحدُكُم أن يُضحِّي فَليُمسِكْ عن شَعرِهِ وأظفارِهِ».

(٢) أخرجه بهذا اللفظ أحمد (٢/٣٢١) (٨٢٥٦) والحاكم (٤/٢٥٨) (٧٥٦٦)، وابن ماجه في الأضاحي، باب: الأضاحي واجبة أم لا، (٣١٢٣) من حديث أبي هريرة.

وأخرج البخاري في الأضاحي، باب: سنة الأضحية (٥٢٢٥)، ومسلم في الأضاحي، باب: وقتها (١٩٦١) عن البراءِ بن عازبٍ قال: ذَبح أبو بُردةَ قبلَ الصَّلاةِ، فقال النَّبيُّ ﷺ: «أبدِلْها»، فقال: يا رسول الله ليس عندي إلَّا جَذَعَة - قال شُعبة: وأظنُّه قال: - وهي خيرٌ من مُسِنَّةٍ، فقال رسولُ الله ﷺ: «اِجعَلْها مَكانَها، ولن تُجزِئَ عن أحدٍ بعدَكَ».

قال الزيلعي: ومثلُ هذا لا يُستعمَلُ إلَّا في الواجب.

(٣) أي: كان المشركون يذبحونها في رجب تعظيماً له، وسُمِّيت عتيرةً لأنَّها تُعتَرُ، أي: تُذبَح. وفي الصَّحاح: العتيرةُ شاةٌ كانوا يَذبحونها لأصنامهم.

وبالإقامةِ لِما بيَّنَّا[(١)]. واليَسارِ لِما روينا من اشتراطِ السَّعَةِ، ومِقدارُهُ ما يَجِبُ به صَدَقَةُ الفِطرِ، وقد مَرَّ في الصَّوم. وبالوقتِ وهو يومُ الأضحى؛ لأنَّها مُختصَّة به، وسنبيِّنُ مِقدارَهُ إن شاء الله تعالى.

وتجبُ عن نَفسِهِ؛ لأنَّه أصلٌ في الوجوبِ عليه على ما بيَّنَّاه، وعن ولدِهِ الصَّغيرِ لأنَّه في معنى نفسِهِ، فَيُلحَقُ به كما في صدقةِ الفطرِ. وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وروي عنه أنَّه لا تَجِبُ عن وَلدِهِ، وهو ظاهرُ الرِّوايةِ، بخلافِ صدقةِ الفطرِ؛ لأنَّ السَّببَ هناك رأسٌ يَمُونُهُ ويلي عليه، وهما مَوجودانِ في الصَّغيرِ، وهذه قُربةٌ مَحْضَةٌ، والأصلُ في القُرَبِ أن لا تَجِبَ على الغيرِ بسببِ الغيرِ، ولهذا لا تَجِبُ عن عبدِهِ وإنْ كان يَجِبُ عنه صدَقَةُ فِطرِهِ.

وإن كان للصَّغيرِ مالٌ يُضحِّي عنه أبوه أو وَصيُّه من مالِهِ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ. وقال محمد وزفر والشَّافعيُّ[(٢)] رَحِمَهُمُٱللَّهُ: يُضحِّي من مالِ نفسِهِ لا من مالِ الصَّغيرِ.

فالخلافُ في هذا كالخلافِ في صدقةِ الفطرِ.

وقيل: لا تجوزُ التَّضحيةُ من مالِ الصَّغيرِ في قولِهِم جميعاً؛ لأنَّ هذه القُربةَ تتأدَّى بالإراقةِ، والصَّدَقةُ بعدها تطوُّعٌ، ولا يجوزُ ذلك من مال الصَّغيرِ، ولا يُمكِنُهُ أن يأكُله كلَّه.

والأصحُّ أن يُضحِّي من مالِهِ، ويأكلَ منه ما أمكَنَهُ، ويَبتاعُ بما بقي ما يَنتفِعُ بِعَينِهِ.

---

(١) أراد قوله: غيرَ أنَّ الأداءَ يَختَصُّ بأسبابٍ يَشُقُّ على المسافرِ استحضارُها.

(٢) قال في مغني المحتاج (٤/ ٣٦٨) ط دار الفكر: تضحيةُ الوليِّ من مالِهِ عن مَحاجيرِهِ، كما ذكره البلقيني والأذرعي، وهو ما أشعَرَ به قولُ الماوردي والأصحاب، ولا يجوزُ لوليِّ الطِّفلِ والمجنونِ والمَحجورِ أن يُضحِّيَ عنه من ماله فأفهم جوازَها عنهم من مالِ الوليِّ، حيثُ امتنعت، فإن كانت الشَّاةُ معيَّنةً وقعت عن المُضحِّي، وإلا فلا. اهـ، وانظر الحاوي في الفقه للماوردي (١٥/ ١٢٥).

ويَذبَحُ عن كلِّ واحدٍ منهم شاةً، أو يَذبَحُ بَقَرَةً أو بَدَنَةً عن سَبعةٍ. ....

قال: (ويَذبَحُ عن كلِّ واحدٍ منهم شاةً، أو يَذبَحُ بَقَرَةً أو بَدَنَةً عن سَبعةٍ)، والقياسُ أن لا تَجوزَ إلَّا عن واحدٍ؛ لأنَّ الإراقةَ واحدةٌ، وهي القُربةُ، إلَّا أنَّا تركناه بالأثر، وهو ما روي عن جابرٍ رضي الله عنه أنَّه قال: نَحَرنا مع رسولِ الله ﷺ البقرةَ عن سَبعةٍ، والبَدَنةَ عن سَبعةٍ[1]. ولا نَصَّ في الشَّاةِ، فبقي على أصلِ القياسِ.

وتَجوزُ عن ستَّةٍ أو خمسةٍ أو ثلاثةٍ، ذكَرَهُ محمَّدٌ رحمه الله في الأصل؛ لأنَّه لمَّا جاز عن السَّبعةِ فعَمَّن دُونَهم أولى، ولا تجوزُ عن ثمانيةٍ أخذاً بالقياسِ فيما لا نَصَّ فيه، وكذا إذا كان نصيبُ أحدِهم أقلَّ من السُّبْع، ولا تَجوزُ عن الكلِّ لانعدامِ وَصْفِ القُربةِ في البعض، وسنبيِّنُه إن شاء الله تعالى.

وقال مالك[2]: تجوزُ عن أهلِ بَيتٍ واحدٍ وإنْ كانوا أكثَرَ من سبعةٍ، ولا تَجوزُ عن أهلِ بَيتينِ وإنْ كانوا أقَلَّ منها؛ لقوله ﷺ: «على كلِّ أهلِ بيتٍ في كلِّ عامٍ أضحاةٌ وعَتيرةٌ»[3].

قلنا: المرادُ منه - واللهُ أعلم - قَيِّمُ أهلِ البيتِ؛ لأنَّ اليسارَ له، يُؤيِّدُه ما يُروى «على كلِّ مسلمٍ في كلِّ عامٍ أُضحاةٌ وعَتيرةٌ»[4].

---

(١) أخرجه الجماعةُ إلَّا البخاري، وهو عند مسلم في الحج، باب: الاشتراك في الهدي (١٣١٨)، ولفظه: «نَحرنا مع رسول الله ﷺ عامَ الحديبية، البدنةَ عن سبعةٍ والبقرةَ عن سبعةٍ».

(٢) مذهب المالكية: أنَّه يصح الاشتراكُ في الأضحية بثلاثة شروط: أن يسكُنَ المشرِكُ في الأضحيةِ والمشرَكُ في بيت واحد، وأن يكون بينهما قرابةٌ، وأن يكونَ المشرَكُ في الأضحيةِ تحتَ نفقةِ المشرِكِ بها. انظر الشرح الكبير المطبوع بهامش حا الدسوقي (٢/ ١١٩).

(٣) أخرجه أبو داود في الضحايا، باب: ما جاء في إيجاب الأضاحي (٢٧٨٨)، وابن ماجه في الأضاحي، باب: الأضاحي واجبة هي أم لا؟ (٣١٢٥)، والترمذي في الأضاحي، باب (١٧) برقم (١٥٥٥) عن مِخنَفِ بنِ سُليم قال: كنَّا وُقوفاً مع رسول الله ﷺ بعرفاتٍ فسمعتُه يقول: «يا أيُّها النَّاس على كلِّ أهلِ بيتٍ في كلِّ عامٍ أضحية وعَتيرةٌ، هل تدرونَ مالعَتيرة؟ هي التي تُسمُّونَها الرَّجَبيَّة»، وقال: حسن غريب.

(٤) قال الزيلعي (٤/ ٢١١): روايةٌ غريبةٌ.

ولو اشترى بَقَرةً يُريدُ أن يُضحِّي بها عن نَفسِهِ، ثمَّ اشتَرَكَ فيها سِتَّةٌ معه، جازَ استحساناً. وليس على الفَقيرِ والمُسافرِ أضحيةٌ.

ولو كانت البَدَنةُ بينَ اثنينِ نِصفَينِ تجوزُ في الأصحِّ؛ لأنَّه لمَّا جازَ ثلاثةُ الأسباعِ جازَ نِصفُ السُّبعِ تبَعاً.

وإذا جازَ على الشَّركةِ فَقِسمةُ اللَّحم بالوزنِ؛ لأنَّه مَوزونٌ. ولو اقتَسمُوا جُزافاً لا يجوزُ، إلَّا إذا كان معه شيءٌ من الأكارع والجلدِ اعتباراً بالبيع.

قال: (ولو اشترى بَقَرةً يُريدُ أن يُضحِّي بها عن نَفسِهِ، ثمَّ اشتَرَكَ فيها سِتَّةٌ معه، جازَ استحساناً)، وفي القياس لا يجوزُ، وهو قولُ زفر؛ لأنَّه أعَدَّها للقُربةِ فيُمنَعُ عن بَيعِها تموُّلاً، والاشتراكُ هذه صِفتُهُ.

وجهُ الاستحسان: أنَّه قد يَجِدُ بقرةً سمينةً يَشتريها ولا يَظفَرُ بالشُّركاءِ وقتَ البيعِ، وإنَّما يَطلُبُهُم بَعدَهُ، فكانتِ الحاجَةُ إليه ماسَّةً، فجَوَّزناهُ دفعاً للحَرَجِ، وقد أمكَنَ[1] لأنَّ بالشِّراءِ للتَّضحيةِ لا يَمتنِعُ البيعُ.

والأحسنُ أن يَفعَلَ ذلك قبلَ الشِّراءِ؛ لِيكونَ أبعدَ عن الخِلافِ، وعن صُورةِ الرُّجوعِ في القُربةِ.

وعن أبي حنيفة: أنَّه يُكرَهُ الاشتراكُ بعدَ الشِّراءِ لِما بيَّنَّا.

قال: (وليس على الفَقيرِ والمُسافرِ أضحيةٌ)؛ لِما بيَّنَّا، وأبو بكر وعمرُ كانا لا يُضحِّيانِ إذا كانا مسافِرَينِ[2]، وعن عليٍّ: «وليس على المسافِرِ جُمُعةٌ ولا أُضحيةٌ»[3].

---

(١) أي: دفعُ الحاجة بهذه الصُّورة.

(٢) قال الزيلعي: غريب. اهـ، لكن أخرج البيهقي في الكبرى عن أبى سريحة الغفاري قال: «أدركتُ أبا بكر أو رأيتُ أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لا يُضحِّيانِ كراهيةَ أن يُقتَدَى بهما». وهذا يستدلُّ به من يرى عدَمَ وُجوبِ الأضحية، ويضاف إلى ذلك أنَّه أعمُّ من الإقامةِ والسَّفر.

(٣) قال الزيلعي (٤/ ٢١١): غريب.

وَوَقتُ الأَضحيةِ يَدخُلُ بِطُلُوعِ الفَجرِ من يَومِ النَّحرِ، ....

قال: (وَوَقتُ الأَضحيةِ يَدخُلُ بِطُلُوعِ الفَجرِ من يَوم النَّحرِ)، إلَّا أنَّه لا يَجوزُ لأهلِ الأمصارِ الذَّبحُ حتَّى يُصلِّيَ الإمامُ العيدَ، فأمَّا أهلُ السَّوادِ فَيَذبحون بعدَ الفَجرِ.

والأصلُ فيه قولُهُ ﷺ: «مَنْ ذَبَحَ شاةً قبلَ الصَّلاةِ فَليُعِدْ ذَبيحَتَهُ، ومَنْ ذَبَحَ بعدَ الصَّلاةِ فقد تَمَّ نُسُكُهُ وأصابَ سنَّةَ المسلمين»[(١)].

وقال ﷺ: «إنَّ أوَّلَ نُسُكِنا في هذا اليومِ الصَّلاةُ، ثمَّ الأضحيةُ»[(٢)] غيرَ أنَّ هذا الشَّرطَ في حقِّ مَن عليه الصَّلاةُ، وهو المِصريُّ، دونَ أهلِ السَّوادِ؛ لأنَّ التَّأخيرَ لاحتمالِ التَّشاغلِ به عن الصَّلاةِ، ولا معنى للتَّأخيرِ في حقِّ القُرويِّ ولا صلاةَ عليه.

وما رويناه حُجَّةٌ على مالكٍ[(٣)] والشَّافعيِّ رَحِمَهُمَااللَّهُ في نَفْيِهما الجوازَ بعد الصَّلاةِ قبلَ نَحرِ الإمامِ[(٤)].

---

(١) أخرج البخاري في الأضاحي، باب: سنة الأضحية، (٥٢٢٦)، ومسلم في الأضاحي، باب: وقتها (١٩٦١) عن أنس بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: قال النَّبيُّ ﷺ: «مَن ذَبَح قبلَ الصَّلاةِ فإنَّما ذَبَح لنفسِهِ، ومن ذَبَح بعدَ الصَّلاةِ فقد تَمَّ نُسُكُهُ وأصابَ سنَّةَ المُسلمين».

(٢) أخرج البخاري في الأضاحي، باب: الذبح بعد الصَّلاة (٥٢٤٠)، ومسلم في الأضاحي، باب: وقتها (١٩٦١) عن البراء رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: سمعتُ النَّبيَّ ﷺ يَخطُب فقال: «إنَّ أوَّلَ ما نبدأ به من يومنا هذا أن نُصلِّي ثمَّ نَرجِعُ فَنَنحَرَ، فَمَنْ فَعَلَ هذا فقد أصابَ سُنَّتَنا، ومَنْ نَحَرَ فإنَّما هو لَحمٌ يُقدِّمُه لأهلِهِ، ليس من النُّسُكِ في شيءٍ»، فقال أبو بردة: يا رسول الله، ذبحتُ قبلَ أن أصلِّيَ وعندي جَذَعةٌ خيرٌ من مُسِنَّةٍ؟ فقال: «اِجعَلْها مَكانَها ولن تُجزِي - أو توفي - عن أحدٍ بعدَكَ».

(٣) مذهب المالكية: ابتداءُ وقتِها مِن فَراغِ ذبحِ الإمامِ في اليومِ الأوَّلِ، فإن لم يذبح اعتُبِرَ زمنُ ذبحِهِ، وأمَّا وقتُ ذَبحِهِ هو فبعدَ الصَّلاةِ والخُطبةِ، فلو ذبَحَ قبلَها لم يُجزِهِ، ويَستمِرُّ وقتُها لآخِرِ اليومِ الثَّالثِ من أيامِ النَّحر. انظر الشرح الكبير المطبوع بهامش حا الدسوقي (٢/ ١٢٠).

(٤) مذهب الشافعية: أنَّه يدخل وقتُ التَّضحيةِ بعدَ طُلُوعِ الشَّمسِ يومِ عيدِ النَّحرِ بِمِقدارِ ما يَسَعُ ركعتين خفيفتين وخُطبتين خفيفتين. والمرادُ بالخِفَّة الاقتصارُ على ما يجزئ في الصَّلاة والخطبتين. قالوا: وإنَّما لم تتوقَّف صحَّةُ التَّضحيةِ على الفراغ من صلاة الإمام وخطبتيه بالفعلِ لأنَّ الأئمَّة يَختلفون =

وهي جائزةٌ في ثلاثةِ أيَّامٍ: يَومِ النَّحرِ، ويَومانِ بعدَهُ، ....

ثمَّ المُعتَبَرُ في ذلك مكانُ الأضحيةِ، حتَّى لو كانت في السَّوادِ والمُضحِّي في المصرِ، يجوزُ كما انشَقَّ الفجرُ، ولو كان على العكس لا يجوزُ إلَّا بعدَ الصَّلاة.

وحيلةُ المِصريِّ إذا أرادَ التَّعجيلَ أن يَبعَثَ بها إلى خارجِ المصرِ فَيُضحِّي بها كما طَلَعَ الفجرُ.

وهذا[١] لأنَّها تُشبِهُ الزَّكاةَ من حيثُ إنَّها تَسقُطُ بِهَلاكِ المالِ قبلَ مُضيِّ أيامِ النَّحرِ، كالزَّكاةِ بهلاكِ النِّصابِ، فَيُعتَبَرُ في الصَّرفِ مكانُ المَحَلِّ لا مكانُ الفاعلِ اعتباراً بها.

بخلافِ صدقةِ الفِطرِ[٢]؛ لأنَّها لا تَسقُطُ بهلاكِ المالِ بعدما طَلَعَ الفجرُ من يومِ الفطرِ.

ولو ضَحَّى بعدما صلَّى أهلُ المَسجدِ ولم يُصَلِّ أهلُ الجَبَّانةِ[٣]، أجزأه استحساناً؛ لأنَّها صلاةٌ مُعتَبَرةٌ، حتَّى لو اكتَفَوا بها أجزأتْهُم، وكذا على عكسِهِ.

وقيل: هو جائزٌ قياساً واستحساناً.

قال: (وهي جائزةٌ في ثلاثةِ أيَّامٍ: يَومِ النَّحرِ، ويَومانِ بعدَهُ)، وقال الشَّافعيُّ[٤]:

= تطويلاً وتقصيراً، فاعتُبِر الزَّمانُ ليكون أشبَهَ بمواقيت الصَّلاة وغيرها، وأضبَط للنَّاس في الأمصار والقرى والبوادي. انظر المجموع شرح المهذب (٨/ ٣٨٧ - ٣٩١) ط دار الفكر، وانظر مغني المحتاج (٤/ ٣٦١ - ٣٦٢) ط دار الفكر.

(١) إشارةٌ إلى كونِ مكان الأضحيةِ معتبراً.

(٢) حيث يُعتَبَر فيها مكانُ الفاعل.

(٣) معناه: أن يَخرُجَ الإمامُ بالنَّاس إلى الجَبَّانةِ ويَستخلِفَ مَنْ يُصلِّي بالضَّعَفةِ في الجامع، هكذا فعلَه عليٌّ رضي الله عنه حين قَدِمَ الكوفةَ. عناية.

(٤) قال في مغني المحتاج (٤/ ٣٦٢) ط دار الفكر: (ويبقى) وقتُ التَّضحية (حتَّى تَغرُبَ) الشَّمسُ (آخرَ أيَّامِ (التَّشريقِ)، وهي ثلاثةٌ عند الشَّافعيِّ رحمه الله بعد العاشر.

ثلاثة أيَّامٍ بعدَهُ؛ لقوله ﷺ: «أيَّامُ التَّشريقِ كلُّها أيَّامُ ذَبحٍ»[(١)].

ولنا: ما روي عن عمر وعليٍّ وابنِ عبَّاس رضي الله عنهم أنَّهم قالوا: «أيَّامُ النَّحرِ ثلاثةٌ، أفضلُها أوَّلُها»[(٢)]، وقد قالُوه سَماعاً؛ لأنَّ الرَّأيَ لا يَهتدي إلى المقادير، وفي الأخبارِ تَعارُضٌ، فأخذنا بالمُتيقَّنِ وهو الأقلُّ.

وأفضلُها أوَّلُها كما قالوا، ولأنَّ فيه مسارَعَةً إلى أداءِ القُربةِ، وهو الأصلُ إلَّا لِعَارضٍ[(٣)].

ويَجوزُ الذَّبحُ في لَياليها، إلَّا أنَّه يُكرَهُ لاحتمالِ الغَلَطِ في ظُلمةِ اللَّيلِ.

وأيَّامُ النَّحرِ ثلاثةٌ، وأيَّامُ التَّشريقِ ثلاثةٌ، والكُلُّ يَمضي بأربعةٍ أوَّلُها نَحرٌ لا غير، وآخِرُها تَشرِيقٌ لا غيرُ، والمُتوَسِّطانِ نَحْرٌ وتَشرِيقٌ.

والتَّضحيةُ فيها أفضَلُ من التَّصدُّقِ بِثَمَنِ الأضحيةِ؛ لأنَّها تقعُ واجبةً أو سنَّةً، والتَّصدُّقُ تَطوُّعٌ مَحْضٌ، فَتَفضُلُ عليه؛ لأنَّها تَفُوتُ بِفَواتِ وَقتِها، والصَّدَقةُ يُؤتى بها في الأوقات كلِّها، فَنُزِّلَت منزلةَ الطَّوافِ والصَّلاةِ في حقِّ الآفاقيِّ.

---

(١) انظر ملحق (٣).

(٢) ذكَرَ الكرخيُّ في مختصره بإسناده إلى عليٍّ رضي الله عنه أنَّه كان يقول: «أيَّامُ النَّحر ثلاثةُ أيَّامٍ أوَّلهنَّ أفضلُهنَّ»، وعن ابن عباس وعن ابن عمر مثلُهُ قال: «النَّحرُ ثلاثةُ أيَّامٍ أوَّلها أفضلُها».
وقال محمد في كتاب الآثار: أخبرنا أبو حنيفة عن حمَّاد عن إبراهيم عن علقمة قال: «الأضحى ثلاثةُ أيَّامٍ، يومُ النَّحرِ ويومان بعدَه».
ولمالك في الموطأ عن ابن عمر أنَّه كان يقول: «الأضحى يومان بعد يومِ الأضحى». اهـ الكل من البناية.

(٣) أي: المسارَعةُ إلى أداء القُربة في أوَّلِ الوقتِ هو الأصلُ، إلَّا أن يَعرِضَ عارضٌ فيكونُ التَّأخيرُ هو الأفضل، كما هو الحال في الإسفارِ بالفجرِ والإبرادِ بالظُّهر.

ولو لَمْ يُضَحِّ حتَّى مَضَتْ أيَّامُ النَّحرِ: إنْ كانَ أوجَبَ على نَفسِهِ، أو كانَ فقيراً وقد اشتَرَى الأضحيَةَ تَصَدَّقَ بها حَيَّةً، وإنْ كان غنيَّاً تصَدَّقَ بقيمةِ شاةٍ، اشترى أو لم يَشترِ. ولا يُضَحِّي بالعَمياءِ، والعَوراءِ، والعَرْجاءِ التي لا تَمشِي إلى المَنْسِكِ، ولا العَجْفاءِ، ولا تُجزِئُ مَقطُوعَةُ الأُذُنِ والذَّنَبِ، ....

(ولو لَمْ يُضَحِّ حتَّى مَضَتْ أيَّامُ النَّحرِ: إنْ كانَ أوجَبَ على نَفسِهِ، أو كانَ فقيراً وقد اشتَرَى الأضحيَةَ تَصَدَّقَ بها حَيَّةً، وإنْ كان غنيَّاً تصَدَّقَ بقيمةِ شاةٍ، اشترى أو لم يَشترِ)؛ لأنَّها واجبةٌ على الغنيِّ.

وتَجِبُ على الفقيرِ بالشِّراءِ بنيَّةِ التَّضحيةِ عندنا، فإذا فات الوقتُ وَجَبَ عليه التَّصدُّقُ إخراجاً له عن العُهدةِ، كالجُمعةِ تُقضَى بعدَ فَواتِها ظُهراً، والصَّومِ بعدَ العَجزِ فِديَةً.

قال: (ولا يُضَحِّي بالعَمياءِ، والعَوراءِ، والعَرْجاءِ التي لا تَمشِي إلى المَنْسِكِ[1]، ولا العَجْفاءِ)؛ لقوله ﷺ: «لا تُجزِئُ في الضَّحايا أربعةٌ: العَوراءُ البَيِّنُ عَوَرُها، والعَرْجاءُ البَيِّنُ عَرَجُها، والمَريضةُ البَيِّنُ مَرَضُها، والعَجفاءُ التي لا تُنقِي»[2].

قال: (ولا تُجزِئُ مَقطُوعَةُ الأُذُنِ والذَّنَبِ).

أمَّا الأُذُنُ فلقوله ﷺ: «استَشرِفُوا العينَ والأُذُنَ»[3]، أي: اطلبوا سَلامَتَهُما.

---

(١) هو المكان الذي تُذبَحُ فيه.

(٢) أخرج أحمد (٤/ ٣٠١) (١٨٨٧٨) النسائي في الصغرى، كتاب الضحايا، باب: الشرقاء وهي مشقوقة الأذن (٤٣٧٥)، والحاكم (٤/ ٢٤٩) (٧٥٣٢)، والترمذي في الأضاحي، باب: ما يجوزُ من الأضاحي (١٤٩٧) عن البَراءِ بنِ عازِبٍ رَفَعَه قال: «لا يُضحَّى بالعَرجاءِ بَيِّنٌ ظَلْعُها، ولا بالعَوراءِ بَيِّنٌ عَوَرُها، ولا بالمريضةِ بَيِّنٌ مَرَضُها، ولا بالعَجفاءِ التي لا تُنقي»، وقال: حسن صحيح، واللفظ للترمذي.

(٣) أخرجه بهذا اللَّفظ من حديث حذيفة الطَّبراني في الأوسط (٩/ ١٦١) (٩٤٢١)، والبزارُ في مسنده نحوَه. وأخرجه النسائي في الصغرى، كتاب الضحايا، باب: المقابلة وهي ما قطع طرف أذنها (٤٣٧٢)، والبيهقي في الكبرى، كتاب الضحايا، باب: ما ورد النهي عن التضحية به (١٨٨٨٢)، والحاكم =

ولا التي ذَهَبَ أكثَرُ أُذُنِها وذَنَبِها، وإنْ بَقِيَ أكثَرُ الأُذُنِ والذَّنَبِ جازَ، ....

وأمَّا الذَّنَبُ فلأنَّه عُضوٌ كاملٌ مَقصودٌ، فصارَ كالأُذُنِ.

قال: (ولا التي ذَهَبَ أكثَرُ أُذُنِها وذَنَبِها، وإنْ بَقِيَ أكثَرُ الأُذُنِ والذَّنَبِ جازَ)؛ لأنَّ للأكثَرِ حُكمَ الكلِّ بقاءً وذهاباً، ولأنَّ العيبَ اليسيرَ لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه، فَجُعِلَ عَفواً، واختلفتِ الرِّوايةُ عن أبي حنيفة في مِقدارِ الأكثرِ.

ففي الجامع الصَّغيرِ عنه: وإنْ قُطِعَ من الذَّنَبِ أو الأُذُنِ أو العَينِ أو الألْيَةِ الثُّلُثُ أو أقَلُّ أجزأه، وإنْ كانَ أكثَرَ لم يُجزِهِ؛ لأنَّ الثُّلُثَ تَنفُذُ فيه الوَصيَّةُ من غَيرِ رِضا الوَرثةِ فاعتُبِرَ قليلاً، وفيما زادَ لا تَنفُذُ إلَّا بِرِضاهم فاعتُبِرَ كثيراً.

ويُروَى عنه الرُّبعُ؛ لأنَّه يَحكي حكايةَ الكَمالِ على ما مَرَّ في الصَّلاة[1].

ويُروى الثُّلُثُ لقوله ﷺ في حديث الوصيَّةِ: «الثُّلُثُ، والثُّلُثُ كثيرٌ»[2].

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا بقي الأكثَرُ من النِّصفِ أجزأه اعتباراً للحقيقةِ، على ما تَقَدَّمَ في الصَّلاةِ، وهو اختيارُ الفقيهِ أبي اللَّيثِ.

وقال أبو يوسف: أخبرتُ بِقَولي أبا حنيفة فقال: قولي هو قَولُك.

قيل: هو رجوعٌ منه إلى قولِ أبي يوسف، وقيل: معناه: قولي قريبٌ من قولك.

وفي كَونِ النِّصفِ مانعاً روايتانِ عنهما، كما في انكشافِ العضوِ عن أبي يوسف.

= (٢٤٩/٤) (٧٥٣٢)، والترمذي في الأضاحي، باب: ما يكره من الأضاحي (١٤٩٨) عن علي رضي الله عنه قال: «أمَرَنا رسولُ اللهِ ﷺ أن نَستَشرِفَ العَينَ والأذنَ، وأن لا نُضحِّيَ بِمُقابَلَةٍ، ولا مُدابَرَةٍ ولا شَرقاءَ ولا خَرْقاءَ»، وقال: حسنٌ صحيح.

(١) أي: من انكشاف رُبعِ العورةِ، وتقديرِ النَّجاسةِ بربعِ الثَّوبِ.

(٢) أخرجه الأئمَّةُ الستَّةُ، وهو عند البخاري في الوصايا، باب: الوصيَّة بالثُّلث (٢٥٩٣) عن سعد بن أبي وقَّاص قال: مرضتُ فعادني النَّبيُّ ﷺ، فقلتُ: يا رسولَ اللهِ ادعُ اللهَ لي أن لا يَرُدَّني على عَقِبي، قال: «لعلَّ اللهَ يَرفَعُكَ ويَنفَعُ بكَ ناساً»، قلت: أريدُ أن أوصي، وإنَّما لي ابنةٌ، قلت: أوصي بالنِّصف؟ قال: «النِّصفُ كثيرٌ»، قلت: فالثُّلثُ؟ قال: «الثُّلُثُ، والثُّلُثُ كثيرٌ أو كبيرٌ»، قال: فأوصى النَّاسُ بالثُّلُثِ فجازَ ذلك لهم.

وَيَجُوزُ أَنْ يُضَحِّيَ بِالجَمَّاءِ وَالخَصِيِّ وَالثَّوْلاءِ وَالجَرْباءِ، وَالسَّكَّاءُ لا تَجوزُ، ......

ثمَّ مَعرفةُ المِقدارِ في غَيرِ العَينِ مُتيسِّرٌ، وفي العين قالوا: تُشَدُّ العينُ المَعيبةُ بعدَ أن لا تَعتلِفَ الشَّاةُ يوماً أو يومين، ثمَّ يُقرَّبُ العَلَفُ إليها قليلاً قليلاً، فإذا رأتْهُ من مَوضِعٍ أُعلِمَ على ذلك المكانِ، ثمَّ تُشَدُّ عَينُها الصَّحيحةُ وقُرِّبَ إليها العَلَفُ قليلاً قليلاً، حتَّى إذا رأتْهُ مِن مكانٍ أُعلِمَ عليه، ثمَّ يُنظَرُ إلى تَفاوتِ ما بينهما، فإن كان ثُلُثاً فالذَّاهبُ الثُّلُثُ، وإنْ كان نِصفاً فالنِّصفُ.

قال: (وَيَجُوزُ أَنْ يُضحِّيَ بِالجَمَّاءِ)، وهي التي لا قَرْنَ لها؛ لأنَّ القَرْنَ لا يَتعلَّقُ به مَقصودٌ، وكذا مَكسورةُ القَرنِ؛ لِما قلنا.

(والخَصِيِّ)؛ لأنَّ لَحمَها أطيبُ، وقد صَحَّ «أنَّ النَّبيَّ ﷺ ضَحَّى بِكَبشَينِ أَمْلَحَينِ مَوجُوءَينِ»[1].

(والثَّولاءِ) وهي المَجنونة، وقيل: هذا إذا كانت تَعتَلِفُ؛ لأنَّه لا يُخِلُّ بالمقصود، أمَّا إذا كانت لا تَعتَلِفُ فلا تُجزئه.

(والجَرباءِ) إنْ كانت سَمينةً جاز؛ لأنَّ الجَرَبَ في الجلدِ، ولا نُقصانَ في اللَّحمِ، وإن كانت مَهزولةً لا يَجوزُ؛ لأنَّ الجَرَبَ في اللَّحمِ، فانتقص.

وأمَّا الهَتْماءُ - وهي التي لا أسنان لها - فعن أبي يوسف: أنَّه يُعتَبَرُ في الأسنانِ الكثرةُ والقِلَّةُ، وعنه: إنْ بَقِي ما يُمكِنُهُ الاعتلافُ به أجزأه؛ لِحُصولِ المقصود.

(والسَّكَّاءُ) - وهي التي لا أُذُنَ لها خِلقَةً - (لا تَجوزُ)؛ لأنَّ مَقطوعَ أكثَرِ الأُذُنِ إذا كان لا يَجوزُ، فَعَديمُ الأُذُنِ أولى.

---

(١) أخرجه عنهما أحمد (٦/ ٢٢٥) (٢٦٤١١) و(٦/ ٣٩١) (٢٧٢٣٢)، وابن ماجه في الأضاحي، باب: أضاحي رسول الله ﷺ (٣١٢٢) عن عائشة وعن أبي هريرة: «أنَّ رسول الله ﷺ كان إذا أراد أن يُضحِّيَ اشترى كبشين عظيمينِ أقرَنَينِ أملَحَينِ مَوجُوأينِ، فذَبح أحَدَهما عن أمَّته لِمَن شَهِدَ لله بالتَّوحيدِ وشَهِد له بالبلاغ، وذَبح الآخَرَ عن محمَّد وعن آلِ محمَّدٍ ﷺ».
وفي الباب من حديث جابر، وأبي رافع، وأبي الدرداء.

وهذا إذا كانتْ هذهِ العُيوبُ قائمةً وَقْتَ الشِّراءِ، ولوِ اشتَرَاها سَلِيمَةً ثُمَّ تَعَيَّبتْ بِعَيبٍ مانعٍ: إنْ كان غنيّاً فعليه غيرُها، وإنْ كان فقيراً تُجزِئُهُ هذهِ، ولو أضْجَعَها فاضطَّرَبتْ فَانكسَرَتْ رِجلُها فَذَبَحَها، أجزأَهُ استحساناً، وكذا لو تَعَيَّبتْ في هذه الحالةِ، فانفلَتَتْ ثمَّ أُخِذَت من فَورِه، وكذا بعدَ فَورِهِ عند محمَّدٍ خلافاً لأبي يوسف. ....

(وهذا) الذي ذكرناه (إذا كانتْ هذهِ العُيوبُ قائمةً وَقْتَ الشِّراءِ، ولوِ اشتَرَاها سَلِيمَةً ثُمَّ تَعَيَّبتْ بِعَيبٍ مانعٍ: إنْ كان غنيّاً فعليه غيرُها، وإنْ كان فقيراً تُجزِئُهُ هذهِ)؛ لأنَّ الوُجوبَ على الغنيِّ بالشَّرعِ ابتداءً، لا بالشِّراء، فلم تتعيَّنْ به، وعلى الفقيرِ بِشِرائهِ بِنيَّةِ الأضحيةِ فتعيَّنتْ، ولا يجبُ عليه[1] ضَمانُ نُقصانِهِ كما في نصابِ الزَّكاة.

وعن هذا الأصل[2] قالوا: إذا ماتتِ المُشتراةُ لِلتَّضحيةِ، على المُوسِرِ مَكانَها أخرى ولا شيءَ على الفَقيرِ، ولو ضَلَّتْ أو سُرِقَتْ فاشتَرَى أُخرَى ثم ظَهَرَتْ الأولى في أيَّامِ النَّحرِ، على المُوسِرِ ذَبْحُ إحداهما وعلى الفَقيرِ ذَبْحُهما.

(ولو أضْجَعَها فاضطَّرَبتْ فَانكسَرَتْ رِجلُها فَذَبَحَها، أجزأَهُ استحساناً) عندنا، خلافاً لزفر والشَّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ[3]؛ لأنَّ حالةَ الذَّبحِ ومُقدِّماتِهِ مُلحَقَةٌ بالذَّبح، فكأنَّه حصل به اعتباراً وحُكماً.

(وكذا لو تَعَيَّبتْ في هذه الحالةِ، فانفلَتَتْ ثمَّ أُخِذَت من فَورِه، وكذا بعدَ فَورِهِ عند محمَّدٍ، خلافاً لأبي يوسف)؛ لأنَّه حصَلَ بِمُقدِّمات الذَّبح.

---

(١) أي: على الفقير.

(٢) وهو أنَّ الوجوبَ على الغنيِّ بالشَّرع لا بالشِّراء. بناية.

(٣) قال في فتح الوهاب (٢/٣٢٨) ط دار الكتب العلمية: (و) شرطُها (فَقْدُ عيبٍ) في الأضحية (يُنقِصُ مأكولاً) منها، من لحمٍ وشَحمٍ وغيرهما. ولا بيِّنةُ مرضٍ أو عَوَرٍ أو عَرَجٍ وإن حصَلَ عند اضطجاعها للتَّضحية باضطرابها.

والأضحيةُ مِنَ الإبِلِ والبَقَرِ والغَنَمِ، ويُجزِئُ من ذلك كلِّهِ الثَّنِيُّ فَصاعِداً، إلَّا الضَّأنَ فإنَّ الجَذَعَ منه يُجزِئُ. ....

قال: (والأضحيةُ مِنَ الإبِلِ والبَقَرِ والغَنَمِ)؛ لأنَّها عُرِفَت شرعاً، ولم تُنقَلِ التَّضحيةُ بغيرها عن النَّبيِّ ﷺ ولا عن الصَّحابة رضي الله عنهم.

قال: (ويُجزِئُ من ذلك كلِّهِ الثَّنِيُّ فَصاعِداً، إلَّا الضَّأنَ فإنَّ الجَذَعَ منه يُجزِئُ)؛ لقوله ﷺ: «ضَحُّوا بالثَّنايا إلَّا أنْ يَعسُرَ على أحدِكم فليذبَحِ الجَذَعَ من الضَّأنِ»[1]، وقال ﷺ: «نِعمَتِ الأضحيةُ الجَذَعُ من الضَّأنِ»[2]، قالوا: وهذا إذا كانت عظيمةً بحيثُ لو خُلِطَت بالثُّنيانِ يَشتبِهُ على النَّاظرِ من بعيد.

والجَذَعُ من الضَّأنِ ما تَمَّتْ له ستَّةُ أشهرٍ في مذهب الفقهاء، وذكَرَ الزَّعفرانيُّ أنَّه ابنُ سبعةِ أشهر.

والثَّنيُّ منها[3] ومن المَعزِ ابنُ سنةٍ، ومن البقر ابنُ سَنَتينِ، ومن الإبلِ ابنُ خمسِ سنينَ.

ويدخلُ في البقرِ الجاموسُ؛ لأنَّه من جنسِهِ.

والمولودُ بين الأهليِّ والوَحشيِّ يَتبعُ الأمَّ لأنَّها هي الأصل في التَّبعيَّة، حتَّى إذا نَزا الذِّئبُ على الشَّاةِ يُضحَّى بالولد.

---

(١) الحديث أخرجه مسلم في الأضاحي، باب: سن الأضحية (١٩٦٣) عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تَذبحوا إلَّا مُسِنَّةً، إلَّا أن يَعسُرَ عليكم فَتَذبحوا جَذَعةً من الضَّأن».

(٢) أخرجه الترمذي في الأضاحي، باب: الجذع من الضأن في الأضاحي (١٤٩٩) عن أبي كباش قال: جَلَبتُ غنماً جَذَعان إلى المدينة، فكَسَدَتْ علَيَّ، فلقيتُ أبا هريرة فسألتُهُ فقال: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «نِعمَ، أو نِعمَتِ الأضحيةُ الجَذَعُ من الضَّأنِ»، قال: فانتهبَهُ النَّاس. قال الترمذي: حديث حسن غريب

(٣) أي: من الضَّأن.

وإذا اشتَرَى سبعةٌ بَقَرَةً لِيُضَحُّوا بها، فماتَ أحَدُهُم قبلَ النَّحرِ، وقالتِ الوَرَثةُ: «اذبَحُوها عنه وعنكم» أجزأهُمْ، وإنْ كان شَرِيكُ السِّتَّةِ نصرانيًّا أو رجلاً يُريدُ اللَّحمَ، لم يَجُزْ عن واحدٍ منهم. فلو ذَبَحُوها عن صغيرٍ في الوَرثةِ، أو أمِّ ولدٍ جازَ. ولو ماتَ واحدٌ منهم فَذَبَحها الباقون بِغَيرِ إذنِ الوَرَثةِ لا تُجزِيهم. ....

قال: (وإذا اشتَرَى سبعةٌ بَقَرَةً لِيُضَحُّوا بها، فماتَ أحَدُهُم قبلَ النَّحرِ، وقالتِ الوَرَثةُ: «اذبَحُوها عنه وعنكم» أجزأهُمْ، وإنْ كان شَرِيكُ السِّتَّةِ نَصرانيًّا أو رجلاً يُريدُ اللَّحمَ، لم يَجُزْ عن واحدٍ منهم).

ووجهُهُ: أنَّ البقرةَ تجوزُ عن سبعةٍ، ولكن مِن شَرطِهِ أن يكونَ قَصْدُ الكلِّ القُربةَ وإنِ اختَلَفَتْ جِهاتُها، كالأضحيةِ والقِرانِ والمُتعةِ عندنا؛ لاتِّحادِ المَقصودِ، وهو القُربةُ، وقد وُجِدَ هذا الشَّرطُ في الوجهِ الأوَّلِ[1]؛ لأنَّ الأضحيةَ عن الغيرِ عُرِفَت قُربةً، ألا ترى أنَّ النَّبيَّ ﷺ ضحَّى عن أمَّته على ما رَوينا من قبلُ[2]، ولم يُوجَدْ في الوجهِ الثَّاني[3]؛ لأنَّ النَّصرانيَّ ليس من أهلها، وكذا قَصْدُ اللَّحمِ يُنافيها، وإذا لم يَقعِ البعضُ قُربةً، والإراقةُ لا تتجزَّأ في حقِّ القُربةِ، لم يَقعِ الكلُّ أيضاً، فامتَنَعَ الجوازُ.

وهذا الذي ذكره استحسان، والقياسُ أنْ لا يجوز، وهو روايةٌ عن أبي يوسف؛ لأنَّه تبرُّعٌ بالإتلافِ، فلا يجوزُ عن غيرِهِ كالإعتاقِ عن المَيتِ، لكنَّا نقول: القُربةُ قد تقَعُ عن المَيتِ كالتَّصدُّقِ، بخلاف الإعتاقِ؛ لأنَّ فيه إلزامَ الولاءِ على المَيتِ.

(فلو ذَبَحُوها عن صغيرٍ في الوَرثةِ، أو أمِّ ولدٍ جازَ)؛ لِما بيَّنَّا أنَّه قُربةٌ.

(ولو ماتَ واحدٌ منهم فَذَبَحها الباقون بِغَيرِ إذنِ الوَرَثةِ لا تُجزِيهم)؛ لأنَّه لم يقعْ بَعضُها قُربةً، وفيما تقدَّم وُجِدَ الإذنُ من الورثةِ فكان قُربةً.

---

(١) وهو ما إذا مات أحدُ السَّبعةِ، وقالت الورثةُ: اذبحوها عنه وعنكم.

(٢) انظر ص (٢٠٩) ت (١).

(٣) أي: لم يوجد شرطُ القُربةِ فيما إذا كان شريكُ السِّتَّةِ نصرانياً.

ويَأكُلُ مِنْ لَحمِ الأضحيةِ، ويُطعِمُ الأغنياءَ والفُقراءَ ويَدَّخِرُ، ويُستَحَبُّ أنْ لا يَنقُصَ الصَّدقةَ عن الثُّلُثِ، ويَتَصَدَّقُ بِجِلدِها، أو يَعمَلُ منه آلةً تُستَعمَلُ في البيتِ، ولا بأسَ بأنْ يَشتَرِيَ به ما يُنتفَعُ بِعَينِهِ في البَيتِ مع بَقائِهِ، ولا يَشتري به ما لا يُنتَفَعُ به إلَّا بعدَ استهلاكِهِ، كالخَلِّ والأبازيرِ، ....

قال: (ويَأكُلُ مِنْ لَحمِ الأضحيةِ، ويُطعِمُ الأغنياءَ والفُقراءَ ويَدَّخِرُ)؛ لقوله ﷺ: «كنتُ نَهيتُكُم عن أكلِ لُحومِ الأضاحي، فَكُلوا منها وادَّخِرُوا»[1]، ومتى جازَ أكلُهُ وهو غنيٌّ، جازَ أن يُؤكِلَه غنيًّا.

قال: (ويُستَحَبُّ أنْ لا يَنقُصَ الصَّدقةَ عن الثُّلُثِ)؛ لأنَّ الجِهاتِ ثلاثةٌ: الأكلُ والادِّخارُ؛ لِما روينا، والإطعامُ؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَطْعِمُوا۟ ٱلْقَانِعَ وَٱلْمُعْتَرَّ﴾[الحج: ٣٦][2]، فانقسَمَ عليهم أثلاثاً.

قال: (ويَتَصَدَّقُ بِجلدِها)؛ لأنَّه جُزءٌ منها، (أو يَعمَلُ منه آلةً تُستَعمَلُ في البيتِ) كالنِّطعِ والجِرابِ والغِربالِ ونَحوِها؛ لأنَّ الانتفاعَ به غيرُ مُحرَّمٍ، (ولا بأسَ بِأنْ يَشتَرِيَ به ما يُنتفَعُ بِعَينِهِ في البَيتِ مع بَقائِهِ) استحساناً، وذلك مِثلُ ما ذكرنا؛ لأنَّ لِلبَدَلِ حكمَ المُبدَلِ، (ولا يَشتري به ما لا يُنتَفَعُ به إلَّا بعدَ استهلاكِهِ، كالخَلِّ والأبازيرِ[3]) اعتباراً بالبيعِ بالدَّراهم، والمعنى فيه أنَّه تَصرُّفٌ على قَصدِ التَّموُّلِ.

واللَّحمُ بمنزلةِ الجلدِ في الصَّحيحِ، فلو باعَ الجِلدَ أو اللَّحمَ بالدَّراهم، أو بما لا يُنتَفَعُ به إلَّا بعد استهلاكِهِ تصدَّقَ بِثَمَنِهِ؛ لأنَّ القُربَةَ انتقلت إلى بدلِهِ، وقَولُهُ ﷺ: «مَن باع جِلدَ أضحيتِهِ فلا أُضحيَةَ له»[4] ....

---

(١) أخرجه مسلم في الأضاحي، باب: بيان ما كان من النهي عن لحوم الأضاحي (١٩٧٢) عن جابر عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه نهى عن أكلِ لُحومِ الضَّحايا بعد ثلاثٍ، ثمَّ قال بعد: «كُلُوا وتَزوَّدُوا وادَّخِروا».

(٢) القانِعُ: هو السَّائلُ، من القَنوعِ لا من القَناعةِ، والمُعتَرُّ: هو الذي يتعرَّضُ للسُّؤالِ ولا يَسأل. عناية.

(٣) التَّوابل، جمع «أبزار» بالفتح. عناية.

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرك (٢/ ٤٢٢) (٣٤٦٨)، وقال: صحيح ولم يُخرِّجاه. وقال الذَّهبيُّ في التَّلخيص: فيه ابنُ عيَّاش ضَعَّفه أبو داود.

ولا يُعطي أُجرةَ الجَزَّارِ مِنَ الأُضحيةِ. ويُكرَهُ أن يَجُزَّ صُوفَ أُضحيَتِهِ ويَنتَفِعَ به قبلَ أنْ يَذْبَحَها. والأفضلُ أنْ يَذبَحَ أُضحيتَهُ بِيَدِهِ إنْ كانَ يُحسِنُ الذَّبْحَ، ....

يفيدُ كراهةَ البيعِ[1]، وأمَّا البيعُ فجائزٌ لقيام المِلكِ والقدرةِ على التَّسليم.

قال: (ولا يُعطي أُجرةَ الجَزَّارِ مِنَ الأُضحيةِ)؛ لقوله ﷺ لعليٍّ رضي الله عنه: «تصدَّق بِجِلالِها وخِطامِها، ولا تُعطِ أجرَ الجَزَّارِ منها شيئاً»[2]، والنَّهيُ عنه نهيٌ عن البيعِ أيضاً؛ لأنَّه في معنى البيع.

قال: (ويُكرَهُ أن يَجُزَّ صُوفَ أُضحيَتِهِ ويَنتَفِعَ به قبلَ أنْ يَذْبَحَها)؛ لأنَّه التزَمَ إقامةَ القُربةِ بِجَميعِ أجزائها، بخلافِ ما بعدَ الذَّبحِ؛ لأنَّه أُقيمتِ القُربةُ بها كما في الهَدْي. ويُكرَهُ أن يَحلُبَ لَبَنَها فَيَنتفِعَ به، كما في الصُّوف.

قال: (والأفضلُ أنْ يَذبَحَ أُضحيتَهُ بِيَدِهِ إنْ كانَ يُحسِنُ الذَّبْحَ)، وإنْ كان لا يُحسِنُهُ فالأفضلُ أنْ يَستعينَ بِغَيرِهِ، وإذا استَعانَ بِغَيرِهِ ينبغي أن يَشْهَدَها بِنَفسِهِ؛ لقولِهِ ﷺ لِفاطمةَ رضي الله عنها: «قُومي فاشهدي أُضحَيَتكِ؛ فإنَّه يُغفَرُ لكِ بأوَّلِ قَطرةٍ من دَمِها كلُّ ذَنبٍ»[3].

---

(١) أراد أنَّ قوله ﷺ: «فلا أضحية له» محمولٌ على نفي الكمال، كما في قوله ﷺ: «لا صلاةَ لجار المسجدِ إلَّا بالمسجد»، والله أعلم.

(٢) أخرجه الجماعة إلا الترمذي، وهو عند البخاري في الحج، باب: لا يعطي الجزار من الهدي شيئاً (١٦٢٩)، ومسلم في الحج، باب: في الصدقة بلحوم الهدي وجلودهم (١٣١٧)، واللفظ له، عن عليٍّ رضي الله عنه قال: أمرني رسولُ الله ﷺ أن أقومَ على بُدْنِهِ، وأن أتصَدَّقَ بِلَحمِها وجُلودِها وأجِلَّتِها، وأن لا أعطيَ الجَزَّارَ منها، قال: «نحن نُعطيهِ من عندنا».

(٣) أخرج الحاكم في المستدرك (٤/ ٢٤٧) (٧٥٢٤) عن عمران بن الحصين: أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: «يا فاطمةُ قُومي إلى أُضحِيَتِكِ فاشهَدِيها؛ فإنَّه يُغفَرُ لكِ عندَ أوَّلِ قَطرةٍ تَقطُرُ من دَمِها كلُّ ذَنبٍ عَمِلتيهِ، وقولي: إنَّ صَلاتي ونُسُكِي ومَحيايَ ومَمَاتي لله ربِّ العالمين، لا شريكَ له وبذلكَ أُمِرتُ وأنا من المسلمين»، قال عِمرانُ: قلت: يا رسولَ اللهِ هذا لكَ ولأهلِ بَيتِكَ خاصَّةً، فأهلُ ذاك أنتم، أم للمسلمين عامَّةً؟ قال: «لا، بل للمسلمين عامَّةً»، هذا حديثٌ صحيح الإسناد ولم يُخرِّجاه، وقال الذَّهبي في التلخيص: فيه أبو حمزة ضعيفٌ جدا.

ويُكرَهُ أنْ يَذْبَحَها الكِتابيُّ. وإذا غَلِطَ رَجُلانِ فَذَبَحَ كلُّ واحدٍ منهما أُضحِيَةَ الآخَرِ، أَجزَأَ عنهما، ولا ضَمانَ عليهما. ....

قال: (ويُكرَهُ أنْ يَذْبَحَها الكِتابيُّ)؛ لأنَّه عَمَلٌ هو قُربةٌ، وهو ليس من أهلِها، فَلَو أَمَرَهُ فذَبَحَ جازَ؛ لأنَّه من أهلِ الذَّكاةِ، والقُربةُ أُقيمت بإنابتِهِ ونيَّتِهِ، بخلافِ ما إذا أَمَرَ المَجوسيَّ؛ لأنَّه ليس من أهلِ الذَّكاةِ، فكان إفساداً.

قال: (وإذا غَلِطَ رَجُلانِ فَذَبَحَ كلُّ واحدٍ منهما أُضحِيَةَ الآخَرِ، أَجزَأَ عنهما، ولا ضَمانَ عليهما) وهذا استحسانٌ، وأصلُ هذا: أنَّ مَنْ ذَبَح أُضحيةَ غيرِهِ بِغَيرِ إذنِهِ لا يَحِلُّ له ذلك، وهو ضامِنٌ لِقيمَتِها، ولا يُجزِئُهُ عن الأضحيةِ في القياس، وهو قولُ زُفر، وفي الاستحسان يجوزُ ولا ضَمانَ على الذَّابحِ، وهو قولنا.

وجهُ القياس: أنَّه ذبَحَ شاةَ غيرِهِ بغيرِ أمرِهِ فَيضمَنُ، كما إذا ذَبَح شاةً اشتراها القَصَّابُ.

وجهُ الاستحسان: أنَّها تَعيَّنتْ لِلذَّبحِ لِتَعيُّنِها للأضحيةِ، حتَّى وَجَبَ عليه أن يُضحِّي بها بِعَينِها في أيَّامِ النَّحرِ، ويُكرهُ أن يُبدِّلَ بها غيرَها، فصارَ المالكُ مُستعيناً بكلِّ مَن يكونُ أهلاً للذَّبحِ، آذِناً له دِلالةً؛ لأنَّها تَفوُتُ بِمُضيِّ هذهِ الأيَّامِ، وعساهُ يَعجَزُ عن إقامَتِها بِعوارِضَ، فصار كما إذا ذَبَحَ شاةً شَدَّ القَصَّابُ رِجلَها.

فإن قيل: يَفوتُهُ أمرٌ مُستَحَبٌّ، وهو أن يَذبَحَها بِنَفسِهِ، أو يَشهَدَ الذَّبحَ، فلا يَرضَى به.

قلنا: يَحصُلُ له بِهِ مُستحبَّانِ آخرانِ، صَيرُورَتُهُ مُضحِّياً لِما عيَّنَهُ، وكونُهُ مُعجِّلاً به فَيَرتضيه.

ولِعُلمائنا رَحِمَهُمُاللَّهُ من هذا الجنسِ مسائلُ استحسانيَّةٌ، وهي: أنَّ مَن طَبَخَ لحمَ غيرِهِ، أو طَحَنَ حِنطَتَهُ، أو رَفَعَ جَرَّتَه فانكسَرَتْ، أو حَمَّلَ على دابَّتِهِ فَعَطِبَت، كلُّ ذلك بِغَيرِ أمرِ المالِكِ، يكون ضامِناً.

= وفي الباب من حديث أبي سعيد، وعلي رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا وعنا بهم.

وَمَنْ غَصَبَ شاةً فَضَحَّى بها، ضَمِنَ قِيمَتَها وجازَ عن أُضحيَتِهِ.

ولو وَضَعَ المالكُ اللَّحمَ في القِدْرِ، والقِدرُ على الكانونِ والحَطَبُ تحتَهُ، أو جعَلَ الحِنطَةَ في الدَّوْرَقِ[1] ورَبَطَ الدَّابَّةَ عليه، أو رَفَعَ الجَرَّةَ وأمالَها إلى نفسِهِ، أو حمَلَ على دابَّتِهِ فسَقَطَ في الطَّريقِ، فأوقَدَ هو النَّارَ فيه فطبَخَهُ، أو ساقَ الدَّابَّةَ فَطَحَنَها، أو أعانَهُ على رَفعِ الجَرَّةِ فانكسَرَتْ فيما بينهما، أو حَمَّلَ على دابَّتِهِ ما سقَطَ فعَطِبَتْ، لا يكونُ ضامناً في هذه الصُّوَرِ كلِّها استحساناً؛ لوجودِ الإذنِ دِلالةً.

إذا ثبَتَ هذا فنقولُ في مسألة الكتاب: ذبَحَ كلُّ واحدٍ منهما أضحيَةَ غيرِهِ بغيرِ إذنِهِ صريحاً، فهي خِلافيَّةُ زُفرَ بِعَينِها، ويَتأتَّى فيها القياسُ والاستحسانُ كما ذكرنا، فيأخذُ كلُّ واحدٍ منهما مَسلُوخَةُ من صاحبِهِ، ولا يُضمِّنُهُ؛ لأنَّه وَكيلُهُ فيما فعَلَ دِلالةً.

فإن كانا قد أكلا ثمَّ عَلِما، فَليُحلِّلْ كلُّ واحدٍ منهما صاحِبَهُ ويُجزِيهما؛ لأنَّه لو أطعَمَه في الابتداءِ يجوزُ، وإنْ كان غنيَّاً فكذا له أن يُحلِّلَهُ في الانتهاءِ.

وإن تَشاحَّا، فلكلِّ واحدٍ منهما أن يُضمِّنَ صاحبَهُ قِيمَةَ لَحمِهِ، ثمَّ يَتصدَّقُ بتلك القيمةِ؛ لأنَّها بدلٌ عن اللَّحم، فصارَ كما لو باعَ أضحيتَهُ، وهذا لأنَّ التَّضحيةَ لمَّا وقعَتْ عن صاحبِهِ كان اللَّحمُ له.

ومَن أتلَفَ لَحْمَ أضحيةِ غيرِهِ، كان الحكمُ ما ذكرناه[2].

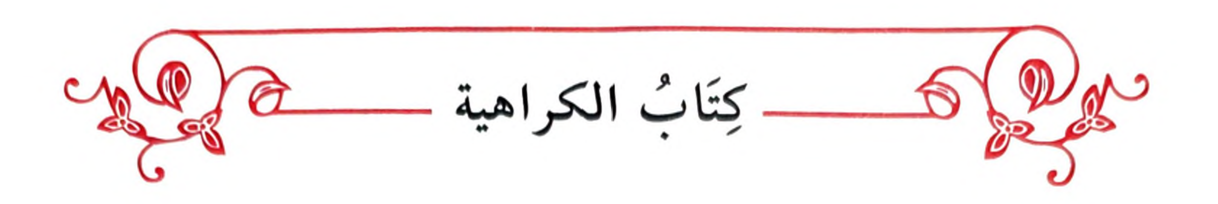
(ومَنْ غَصَبَ شاةً فضَحَّى بها، ضَمِنَ قِيمَتَها وجازَ عن أُضحيَتِهِ)؛ لأنَّه مَلَكَها بسابِقِ الغَصبِ، بخلاف ما لو أُودِعَ شاةً فضَحَّى بها؛ لأنَّه يَضمَنُهُ بالذَّبحِ فلم يثبُتِ المِلكُ له إلَّا بعدَ الذَّبحِ، واللهُ أعلم.

---

(١) في العناية: الدَّورق: مِكيالٌ للشَّراب، وهو عجمي. اهـ، والمراد به هنا: الوعاءُ الذي يوضع على فُوَّهَةِ الطَّاحونةِ ليُجعَلَ فيه الحَبُّ، ومن ثَمَّ يقع في الطَّاحونة. والله أعلم

(٢) وهو تضمينُ قيمةِ اللَّحمِ والتَّصدُّقُ بها.

كتاب الكراهية



كِتَابُ الكراهية

فصل في الأكل والشرب

قال أبو حنيفة: يُكرَهُ لُحُومُ الأُتُنِ وألبانُها وأبوالُ الإبلِ، وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأسَ بأبوالِ الإبِلِ. ولا يَجوزُ الأكلُ والشُّربُ والادِّهانُ والتَّطيُّبُ في آنيةِ الذَّهَبِ والفِضَّةِ، لِلرِّجالِ والنِّساءِ. ....

(كتاب الكراهية)

قال ﵁: تكلَّمُوا في معنى المَكروه، والمَرويُّ عن محمَّد نصَّاً أنَّ كلَّ مَكروهٍ حرامٌ، إلَّا أنَّه لمَّا لم يَجِدْ فيه نصَّاً قاطعاً لم يُطلِقْ عليه لفظَ الحرامِ. وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنَّه إلى الحرامِ أقرَبُ.

وهو يَشتمِلُ على فُصولٍ، منها:

(فصل في الأكل والشرب)

(قال أبو حنيفة: يُكرَهُ لُحُومُ الأُتُنِ وألبانُها وأبوالُ الإبلِ. وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأسَ بأبوالِ الإبِلِ). وتأويلُ قولِ أبي يوسف أنَّه لا بأسَ بها للتَّداوي، وقد بيَّنَّا هذه الجملةَ فيما تقدَّمَ في الصَّلاةِ والذَّبائحِ، فلا نُعيدُها، واللَّبنُ مُتولِّدٌ من اللَّحمِ فأخَذَ حُكمَهُ.

قال: (ولا يَجوزُ الأكلُ والشُّربُ والادِّهانُ والتَّطيُّبُ في آنيةِ الذَّهَبِ والفِضَّةِ، لِلرِّجالِ والنِّساءِ)؛ لقوله ﷺ في الذي يَشرَبُ في إناءِ الذَّهبِ والفِضَّةِ: «إنَّما يُجَرْجِرُ في بَطنِهِ نارَ جَهنَّم»[1]، وأُتِيَ أبو هريرة ﵁ بِشَرابٍ في إناءِ فِضَّةٍ فلم

---

(١) أخرجه البخاري في الأشربة، باب: آنية الفضة، (٥٣١١)، مسلم في اللباس والزينة، باب: تحريم =

ولا بأسَ باستعمالِ آنيةِ الرَّصاصِ والزُّجاجِ والبِلَّورِ والعَقِيقِ. ....

يَقْبَلْهُ وقال: نهانا عنه رسولُ الله ﷺ[1].

وإذا ثبَتَ هذا في الشُّربِ فكذا في الادِّهانِ ونحوه؛ لأنَّه في معناه، ولأنَّه تشبُّهٌ بزيِّ المشركين، وتَنَعُّمٌ بِنِعَمِ المُترَفِين والمُسرِفِين.

وقال في الجامع الصَّغير: «يُكره» ومرادُهُ التَّحريمُ.

ويستوي فيه الرِّجالُ والنِّساءُ لِعُمومِ النَّهي، وكذلك الأكلُ بِمِلعقَةِ الذَّهبِ والفضَّةِ، والاكتحالُ بِمِيلِ الذَّهبِ والفضَّةِ، وكذا ما أشبه ذلك كالمُكحُلَةِ والمِرآةِ وغيرِهما؛ لِما ذكرنا[2].

قال: (ولا بأسَ باستعمالِ آنيةِ الرَّصاصِ والزُّجاجِ والبِلَّورِ والعَقِيقِ)، وقال الشَّافعيُّ[3]: يُكرَهُ؛ لأنَّه في معنى الذَّهبِ والفضَّةِ في التَّفاخرِ به.

= استعمال أواني الذهب والفضة في الشرب وغيره على الرجال (٢٠٦٥) عن أمِّ سلَمَةَ زَوجِ النَّبيِّ ﷺ: أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال: «الذي يَشرَبُ في آنيةِ الفِضَّةِ إنَّما يُجرجِرُ في بطنَهُ نارَ جهنَّمَ».
وفي رواية لمسلم عنها: «من شَرِبَ في إناءٍ من ذهبٍ أو فضَّة، فإنَّما يُجرجُر في بطنه ناراً من جهنَّم».

(١) هو في الكتب السِّتَّة عن حذيفة بن اليمان، أخرجه البخاري في الأطعمة، باب: الأكل في إناء مفضض (٥١١٠)، ومسلم في اللِّباس والزينة، باب: تحريم استعمال إناء الذَّهب والفضة (٢٠٦٧)، عبد الرَّحمنِ بن أبي ليلى: أنَّهم كانوا عند حذيفةَ فاستَسْقَى، فَسَقاه مَجوسيٌّ، فلمَّا وَضَعَ القَدَحَ في يَدِهِ رَماهُ به وقال: لولا أنِّي نهيتُهُ غيرَ مرَّةٍ ولا مرَّتين، كأنَّه يقول: لم أفعلْ هذا، ولكنِّي سمعتُ النَّبيَّ ﷺ يقول: «لا تَلبَسُوا الحريرَ ولا الدِّيباجَ، ولا تَشربُوا في آنيةِ الذَّهبِ والفِضَّةِ، ولا تأكلوا في صِحافِها؛ فإنَّها لهم في الدُّنيا ولنا في الآخرةِ».

(٢) أشار به إلى قوله: «ولأنَّه تشبُّهٌ بزيِّ المشركين». بناية.

(٣) قال النووي في الروضة (١/ ١٥٥) ط الكتب العلمية: ولا يَحرُم الأواني من الجواهر النَّفيسة، كالفَيروزج والياقوت والزَّبرجد، ونحوها على الأظهر. ولا خلاف أنَّه: لا يَحرُمُ ما نفاسَتُهُ لصنعته، ولا يكره لو اتَّخذ إناءً من حديدٍ أو غيره، ومُموَّهٌ بذهبٍ أو فضَّةٍ، إن كان يحصُلُ منه شيءٌ بالعرض على النَّار حَرُم استعماله، وإلا فوجهان. اهـ. وانظر الشرح الكبير للرافعي (١/ ٣٠٢) ط دار الفكر.

وَيَجوزُ الشُّربُ في الإناءِ المُفضَّضِ عند أبي حنيفة، والرُّكوبُ على السَّرجِ المُفَضَّضِ، والجُلوسُ على الكُرسيِّ المُفَضَّضِ، والسَّريرِ المُفضَّضِ إذا كان يَتَّقي مَوضِعَ الفِضَّةِ. ....

قلنا: ليس كذلك؛ لأنَّه ما كان من عادتِهم التَّفاخُرُ بغيرِ الذَّهبِ والفضَّةِ.

قال: (وَيَجوزُ الشُّربُ في الإناءِ المُفضَّضِ[1] عند أبي حنيفة، والرُّكوبُ على السَّرجِ المُفَضَّضِ، والجُلوسُ على الكُرسيِّ المُفَضَّضِ، والسَّريرِ المُفضَّضِ إذا كان يَتَّقي مَوضِعَ الفِضَّةِ)، ومعناه: يتَّقي موضِعَ الفمِ، وقيل: هذا وموضِعَ اليدِ في الأخذِ، وفي السَّريرِ والسَّرجِ مَوضِعَ الجُلوسِ.

وقال أبو يوسف: يُكرَه ذلك، وقولُ محمد يُروى مع أبي حنيفة ويُروى مع أبي يوسف.

وعلى هذا الخلافِ الإناءُ المُضبَّبُ بالذَّهبِ والفضَّة، والكرسيُّ المُضبَّبُ بهما، وكذا إذا جعَلَ ذلك في السَّيفِ والمِشحَذِ وحَلَقَةَ المِرآةِ، أو جَعَلَ المُصحَفَ مُذَهَّباً أو مُفضَّضاً، وكذا الاختلافُ في اللِّجامِ والرِّكابِ والثَّفَرِ[2] إذا كان مُفَضَّضاً، وكذا الثَّوبُ فيه كِتابةٌ بِذَهبٍ أو فضَّةٍ على هذا.

وهذا الاختلافِ فيما يَخلُصُ، فأمَّا التَّمويهُ الذي لا يَخلُصُ فلا بأسَ به بالإجماع.

لهما: أنَّ مُستَعمِلَ جزءٍ من الإناءِ مُستعمِلٌ جميعَ الأجزاءِ فيُكرَهُ، كما إذا استعمَلَ موضعَ الذَّهبِ والفضَّةِ.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ ذلك تابعٌ، ولا مُعتَبَرَ بالتَّوابعِ، فلا يُكرَهُ كالجُبَّةِ المكفوفةِ بالحرير، والعَلَمِ في الثَّوبِ، ومِسمارِ الذَّهبِ في الفَصِّ.

---

(١) أي: المزيَّن بالفضَّةِ.

(٢) «الثَّفر» من السَّرج ما يُجعل تحت ذنب الدَّابَّة. مُغرِب

ومَنْ أرسَلَ أجيراً له مَجُوسيَّاً أو خادِماً فاشترى لحماً، فقال: «اشتريتُهُ من يَهوديٍّ، أو نَصرانيٍّ، أو مُسلِمٍ» وَسِعَهُ أكلُهُ، وإنْ كان غيرَ ذلك لم يَسَعْهُ أنْ يأكلَ منه. ويَجوزُ أن يَقبَلَ في الهديَّةِ والإذنِ قَوْلَ العبدِ والجاريةِ والصَّبيِّ. ويُقبَلُ في المَعاملاتِ قَولُ الفاسِقِ، ولا يُقبَلُ في الدِّياناتِ إلَّا قَولُ العَدْلِ، ....

قال: (ومَنْ أرسَلَ أجيراً له مَجُوسيَّاً أو خادِماً فاشترى لحماً، فقال: «اشتريتُهُ من يَهوديٍّ، أو نَصرانيٍّ، أو مُسلِمٍ» وَسِعَهُ أكلُهُ)؛ لأنَّ قولَ الكافرِ مَقبولٌ في المعاملاتِ؛ لأنَّه خبرٌ صحيحٌ لِصُدُورِهِ عن عَقلٍ ودينٍ يَعتقِدُ فيه حُرمةَ الكذبِ، والحاجةُ ماسَّةٌ إلى قَبولِهِ لِكَثرةِ وُقوعِ المعاملات.

(وإنْ كان غيرَ ذلك لم يَسَعْهُ أنْ يأكلَ منه)، معناه: إذا كان ذبيحةَ غيرِ الكتابيِّ والمسلمِ؛ لأنَّه لمَّا قُبِلَ قولُهُ في الحِلِّ أولى أن يُقبَلَ في الحُرمةِ.

قال: (ويَجوزُ أن يَقبَلَ في الهديَّةِ والإذنِ قَوْلَ العبدِ والجاريةِ والصَّبيِّ[1])؛ لأنَّ الهَدايا تُبعَثُ عادةً على أيدي هؤلاءِ، وكذا لا يُمكِنُهم استصحابُ الشُّهودِ على الإذنِ عندَ الضَّربِ في الأرضِ والمُبايعةِ في السُّوقِ، فلو لم يُقبَلْ قولُهُم يُؤدِّي إلى الحَرَجِ.

وفي الجامع الصَّغير: إذا قالت جاريةٌ لرجل: «بَعَثَني مَولاي إليكَ هديَّةً» وَسِعَهُ أن يأخُذَها؛ لأنَّه لا فرقَ بين ما إذا أَخبَرَتْ بإهداءِ المَولَى غيرَها أو نفسَها؛ لما قلنا[2].

قال: (ويُقبَلُ في المَعاملاتِ قَولُ الفاسِقِ، ولا يُقبَلُ في الدِّياناتِ إلَّا قَولُ العَدْلِ).

---

(١) يعني: إذا قال العبد أو الصَّبيُّ: إنَّ هذا الشَّيءَ هديَّةٌ أهداها مولاي أو أبي إليكَ. أو قال: أنا مأذونٌ في التِّجارة، يُعتَمَدُ على قولِهِ.

(٢) أشار إلى قوله: «فلو لم يُقبل قولُهم يؤدِّي إلى الحرج»، وقيل: أشار إلى قوله: «لأنَّ الهدايا تُبعث عادةً على أيدي هؤلاء». بناية.

ويُقبَلُ فيها قَوْلُ العَبدِ والحُرِّ والأَمَةِ إذا كانوا عُدُولاً. ....

ووجهُ الفَرقِ: أنَّ المعاملاتِ يَكثُرُ وُجودُها فيما بينَ أجناسِ النَّاسِ، فلو شَرَطنا شَرْطاً زائداً يُؤدِّي إلى الحَرَجِ، فَيُقبلُ قولُ الواحدِ فيها، عَدْلاً كان أو فاسقاً، كافراً أو مسلماً، عبداً أو حُرّاً، ذكراً أو أنثى، دفعاً للحَرَجِ.

أمَّا الدِّيانات فلا يَكثُرُ وُقوعُها حَسْبَ وُقوعِ المُعاملاتِ، فجازَ أن يُشتَرَط فيها زيادةُ شَرطٍ، فلا يُقبَلُ فيها إلَّا قولُ المُسلِمِ العَدلِ؛ لأنَّ الفاسقَ مُتَّهَمٌ، والكافرَ لا يَلتزِمُ الحُكمَ، فليس له أن يُلزِمَ المُسلِمَ.

بخلاف المُعاملاتِ؛ لأنَّ الكافرَ لا يُمكِنُهُ المَقامُ في ديارنا إلَّا بالمعاملة، ولا يَتهيَّأ له المعاملةُ إلَّا بعدَ قَبولِ قولِهِ فيها، فكانَ فيه ضرورةٌ.

ولا يُقبَلُ فيها قولُ المَستورِ في ظاهر الرِّوايةِ.

وعن أبي حنيفة: أنَّه يُقبَلُ قولُهُ فيها جَرْياً على مَذهبِهِ أنَّه يجوزُ القضاءُ به، وفي ظاهرِ الرِّوايةِ: هو والفاسقُ فيه سواءٌ، حتَّى يُعتَبَرُ فيهما أكبرُ الرَّأي.

قال: (ويُقبَلُ فيها قَوْلُ العَبدِ والحُرِّ والأَمَةِ إذا كانوا عُدُولاً)؛ لأنَّ عندَ العَدالةِ الصِّدقَ[1] راجحٌ، والقَبولُ لِرُجحانِهِ.

فَمِن المعاملاتِ ما ذكرناه[2]، ومنها التَّوكيلُ. ومن الدِّياناتِ الإخبارُ بِنَجاسةِ الماءِ، حتَّى إذا أخبَرَهُ مسلمٌ مَرضيٌّ لم يتوضَّأ به ويَتيمَّمُ، ولو كان المُخبِرُ فاسقاً أو مَستوراً تحرَّى، فإن كان أكبرُ رأيِهِ أنَّه صادقٌ يَتيمَّمُ ولا يَتوضَّأ به، وإنْ أراقَ الماءَ ثمَّ تَيمَّمَ كانَ أحوَطَ، ومع العدالةِ يَسقُطُ احتمالُ الكذبِ، فلا معنى للاحتياطِ بالإراقةِ.

أمَّا التَّحرِّي فمُجرَّدُ ظَنٍّ، ولو كان أكبَرُ رأيِهِ أنَّه كاذبٌ يتوضَّأ به ولا يَتيمَّمُ؛

---

(١) «الصِّدق» منصوبٌ لأنَّه اسم «إنَّ».

(٢) أي: من الهَديَّةِ والإذن.

ومَنْ دُعِيَ إلى وَليمةٍ أو طعامٍ، فَوَجَدَ ثَمَّةَ لَعِباً أو غِناءً، فلا بأسَ بأن يَقعُدَ ويأكُلَ.

لِترَجُّحِ جانبِ الكذبِ بالتَّحرِّي، وهذا جوابُ الحُكمِ، فأمَّا في الاحتياط فيتيمَّمُ بعد الوضوءِ؛ لما قلنا[1].

ومنها[2] الحِلُّ والحُرمةُ[3] إذا لم يكنْ فيه زوالُ المِلْكِ، وفيها تفاصيل وتفريعاتٌ ذكرناها في كفاية المنتهي.

قال: (ومَنْ دُعِيَ إلى وَليمةٍ أو طعامٍ، فَوَجَدَ ثَمَّةَ لَعِباً أو غِناءً، فلا بأس بأن يَقعُدَ ويأكُلَ)، قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ابتليتُ بهذا مرَّةً فصبرتُ. وهذا لأنَّ إجابةَ الدَّعوةِ سنَّةٌ، قال ﷺ: «مَن لم يُجِبِ الدَّعوةَ فقد عصى أبا القاسم»[4]، فلا يَترُكُها لِما اقتَرَنَ به من البدعةِ من غيرِهِ، كصلاةِ الجنازةِ واجبةُ الإقامةِ وإنْ حَضَرَتْها نِياحةٌ، فإنْ قَدَرَ على المَنْعِ مَنَعَهُم، وإن لم يَقدِرْ يَصبِرْ، وهذا إذا لم يكنْ مُقتدىً به، فإنْ كان ولم يَقدِرْ على مَنعِهِم يَخرُجْ ولا يَقعُدْ؛ لأنَّ في ذلك شَيْنَ الدِّينِ وفَتْحَ بابِ المَعصيةِ على المسلمين، والمَحكيُّ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في الكتاب كان قبلَ أن يَصيرَ مُقتدىً به.

---

(١) إشارةٌ إلى قوله: «أمَّا التَّحرِّي فمُجرَّدُ ظنٍّ» فقيه احتمالُ الخطأ. عناية.

(٢) أي: من الدِّيانات.

(٣) أي: يُقبَلُ فيهما خبرُ الواحدِ العدلِ إذا لم يَتضمَّنْ زوالَ المِلكِ، كالإخبار بِحُرمةِ الطَّعامِ والشَّرابِ، يُقبَلُ فيها قولُ العَدلِ، فلا يَحِلُّ الأكلُ ولا الإطعامُ؛ لأنَّها حقُّ اللهِ تعالى فَيَثْبُتُ بِخَبرِ الواحدِ ولا يَخرُجُ عن مِلكِهِ؛ لأنَّ بُطلانَ المِلكِ لا يَثبُتُ بِخَبرِهِ، وليس من ضرورةِ ثُبوتِ الحُرمةِ بُطلانُ المِلك.
وأمَّا إذا تضمَّنَ زوالَ الملكِ فلا يُقبَلُ، كما إذا أخبَرَ رجلٌ أو امرأةٌ عدلٌ للزَّوجين بأنَّهما ارتَضَعا من امرأةٍ واحدةٍ، بل لا بدَّ فيها من شهادةِ رجلينِ أو رجلٍ وامرأتينِ؛ لأنَّ الحُرمةَ هاهنا مع بقاءِ النِّكاحِ غيرُ مُتصوَّرٍ، فكان مُتضمِّناً لزوال المِلك. عناية.

(٤) أخرج مسلم نحوه في النكاح، باب: الأمر بإجابة الدَّاعي إلى دعوة (١٤٣٢) ولفظه: عن أبي هريرة أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «شرُّ الطَّعامِ طعامُ الوليمةِ يُمنَعُها مَن يأتيها ويُدعى إليها مَن يأباها، ومَن لم يُجِبِ الدَّعوةَ فقد عصى الله ورسوله».

ولو كان ذلك على المائدةِ لا ينبغي أن يَقعُدَ وإن لم يكنْ مُقتدىً؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقْعُدْ بَعْدَ ٱلذِّكْرَىٰ مَعَ ٱلْقَوْمِ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [الأنعام: ٦٨]، وهذا كلُّه بعدَ الحُضورِ، ولو عَلِمَ قبلَ الحُضورِ لا يَحضُرُ؛ لأنَّه لم يَلزمْهُ حقُّ الدَّعوةِ، بخلاف ما إذا هَجَم عليه؛ لأنه قد لَزِمَه.

ودَلَّتِ المسألةُ على أنَّ المَلاهيَ كلَّها حرامٌ حتَّى التَّغنِّي بِضَربِ القَضيبِ. وكذا قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: «ابتليت»؛ لأنَّ الابتلاءَ بالمُحرَّمِ يكون.

---

(١) أي: وكذا قولُ أبي حنيفة: «ابتليت» دلَّ على أنَّ الملاهي كلَّها حرام.

فصل في اللبس

لا يَحِلُّ لِلرِّجالِ لُبْسُ الحَريرِ، ويَحِلُّ لِلنِّساءِ، ....

(فصل في اللبس)

قال: (لا يَحِلُّ لِلرِّجالِ لُبْسُ الحَريرِ، ويَحِلُّ لِلنِّساءِ)؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ «نهى عن لُبسِ الحريرِ والدِّيباجِ»[1]، وقال: «إنَّما يَلبَسُهُ مَن لا خَلاقَ له في الآخرةِ»[2].

وإنَّما حَلَّ لِلنِّساءِ بحديثٍ آخر، وهو ما رواه عِدَّةٌ من الصَّحابةِ رضي الله عنهم، منهم عليٌّ رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ خَرَجَ وبإحدى يَدَيهِ حريرٌ وبالأخرى ذَهَبٌ وقال: «هذانِ مُحرَّمانِ على ذُكورِ أمَّتي، حلالٌ لإناثِهِم»[3]، ويُروَى «حِلٌّ لإناثِهِم».

(١) أخرجه الجماعة، وهو عند البخاري في الأطعمة، باب: الأكل في غناء مفضض (٥١١٠) ومسلم في اللِّباس والزينة، باب: تحريم استعمال إناء الذَّهب والفضة (٢٠٦٧)، عبد الرَّحمنِ بن أبي ليلى: **أنَّهم كانوا عند حذيفةَ فاستَسْقَى، فَسقاه مَجوسيٌّ، فلمَّا وَضعَ القَدَحَ في يدِهِ رماه به وقال:** لولا أنِّي نهيتُهُ غيرَ مرَّةٍ ولا مرَّتين، كأنَّه يقول: لم أفعل هذا، ولكنِّي سمعتُ النَّبيَّ ﷺ يقول: «لا تَلبَسُوا الحريرَ ولا الدِّيباجَ ولا تَشربوا في آنيةِ الذَّهبِ والفضَّةِ، ولا تأكلوا في صَحافِها؛ فإنَّها لهم في الدُّنيا ولنا في الآخرة».

(٢) أخرج نحوه البخاري في اللباس، باب: لبس الحرير وافتراشه للرجال وقدر ما يجوز منه (٥٤٩٧)، ومسلم في اللباس والزينة، باب: تحريم استعمال إناءِ الذَّهبِ والفضَّةِ على الرِّجالِ والنِّساء وخاتَمِ الذَّهب (٢٠٦٨)، ولفظ البخاري عن عمران بن حَطَّان قال: سألت عائشةَ عن الحريرِ فقالت: ائتِ ابنَ عباس فَسَلْهُ، قال: فسألتُهُ، فقال: سَلِ ابنَ عمر، قال: فسألتُ ابنَ عمر فقال: أخبَرَني أبو حَفصٍ - يعني: عمر بن الخطاب - أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال: «إنَّما يَلبَسُ الحريرَ في الدُّنيا مَن لا خَلاقَ له في الآخرة».

(٣) أخرجه أحمد (١/ ١١٥) (٩٣٥)، والنسائي في الصغرى في الزينة، باب: تحريم الذهب على الرجال (٥١٤٤)، وأبو داود في اللباس، باب: في الحرير للنساء (٤٠٥٧) بلفظ: علي بن أبي طالب قال: إنَّ نبيَّ الله ﷺ أخذ حريراً فَجعَلَه في يمينِهِ، وأخذ ذَهباً فجعَلَه في شِماله، ثمَّ قال: «إنَّ هذين حرامٌ على ذكورِ أمَّتي».

وزاد ابن ماجه في اللباس، باب: لبس الحرير والذهب للنساء (٣٥٩٥) «حِلٌّ لإناثهم».

إِلَّا أنَّ القليلَ عَفْوٌ، وهو مِقدارُ ثَلاثَةِ أصابعَ أو أربعةٍ، كالأعلامِ والمَكفُوفِ بالحريرِ، ولا بأسَ بِتَوَسُّدِهِ والنَّومِ عليه عند أبي حنيفة، وقالا: يُكرَهُ. ....

(إِلَّا أنَّ القليلَ عَفْوٌ، وهو مِقدارُ ثَلاثَةِ أصابعَ أو أربعةٍ، كالأعلامِ والمَكفُوفِ بالحريرِ)؛ لِما روي «أنَّه ﷺ نهى عن لُبسِ الحَريرِ إلَّا مَوضِعَ إصبعين أو ثلاثةٍ أو أربعةٍ»[1]، أراد الأعلام.

وعنه ﷺ أنَّه كان يَلبَسُ جُبَّةً مَكفوفةً بالحرير[2].

قال: (ولا بأسَ بِتَوَسُّدِهِ والنَّومِ عليه عند أبي حنيفة، وقالا: يُكرَهُ)، وفي الجامع الصَّغير ذَكَرَ قولَ محمَّدٍ وحدَهُ، ولم يذكر قولَ أبي يوسف، وإنَّما ذكره القُدوريُّ وغيرُهُ من المشايخ، وكذا الاختلافُ في سِتْرِ الحريرِ وتَعليقِهِ على الأبواب.

لهما: العُموماتُ، ولأنَّه من زِيِّ الأكاسرةِ والجَبابرةِ، والتَّشبُّهُ بهم حرامٌ، وقال عمر رضي الله عنه: إيَّاكم وزِيَّ الأعاجمِ[3].

---

(١) أخرجه البخاري في اللباس، باب: لُبسِ الحريرِ وافتراشِهِ للرِّجالِ وقَدْرِ ما يجوزُ منه (٥٤٩١)، ومسلم في اللباس والزِّينة، باب: تحريمِ استعمالِ إناءِ الذَّهبِ والفضَّةِ على الرِّجالِ والنِّساءِ وخاتَمِ الذَّهبِ (٢٠٦٩) واللفظ له: عن سُوَيد بنِ غَفَلَة أنَّ عمرَ بن الخَطَّاب خَطَبَ بالجابيةِ فقال: نَهَى نبيُّ الله ﷺ عن لُبسِ الحريرِ إلَّا مَوضِعَ أصبُعَينِ أو ثلاثٍ أو أربع».

(٢) أخرجه مسلم في اللباس والزِّينة، باب: تحريمِ استعمالِ إناءِ الذَّهبِ والفضَّةِ على الرِّجالِ والنِّساءِ وخاتَمِ الذَّهبِ (٣٨٥٥) ضمن حديث طويل جاء فيه: فرجعتُ إلى أسماءَ فخَبَّرتُها، فقالت: هذه جُبَّةُ رسولِ الله ﷺ، فأخرَجَتْ إليَّ جبَّةَ طَيالِسَةٍ كِسرَوانِيَّةٍ، لها لَبِنَةُ ديباجٍ وفَرْجَيها مَكفُوفَينِ بالدِّيباج ...» الحديث.

(٣) أخرجه مسلم في اللباس والزينة، باب: تحريم استعمالِ إناءِ الذَّهبِ والفضَّةِ على الرِّجال والنِّساءِ وخاتَمِ الذَّهبِ (٢٠٦٩) عن أبي عثمان قال: كتب إلينا عمرُ ونحن بأذربيجان، يا عُتبة بن فرقد إنَّه ليس من كَدِّكَ ولا من كَدِّ أبيك ولا من كَدِّ أمِّكَ، فأشبع المسلمين في رحالِهم مِمَّا تَشبَعُ منه في رَحلِكَ، وإيَّاكُم والتَّنعُّمَ وزِيَّ أهلِ الشِّركِ ولَبُوسَ الحريرِ؛ فإنَّ رسولَ اللهِ ﷺ نهى عن لَبُوسِ الحريرِ، قال: إلَّا هكذا، ورفَعَ لنا رسولُ الله ﷺ إصبُعَيهِ الوُسطى والسَّبَّابة وضَمَّهما.
وأخرج نحوه ابنُ حبان في كتاب اللباس وآدابه، ذِكرُ الإباحةِ لِلمَرءِ أن يكون مُطلِقَ الإزارِ في الأحوال (٥٤٥٤)، إلَّا أنَّه قال: «وإيَّاكم والتَّنعُّمَ وزِيَّ العَجَمِ».

ولا بأسَ بِلُبْسِ الحَريرِ والدِّيباجِ في الحَربِ عندهما، ويُكرَهُ عند أبي حنيفة.

وله: ما رُوي «أنَّه ﷺ جلَسَ على مِرْفَقَةِ حَريرٍ»[١]، وقد كان على بِساطِ عبدِ الله بنِ عبَّاس رضي الله عنهما مِرفقةُ حريرٍ[٢]، ولأنَّ القليلَ من المَلبوسِ مُباحٌ كالأعلام، فكذا القليلُ من اللُّبسِ والاستعمالِ، والجامعُ كونُهُ نَمُوذجاً على ما عُرِف[٣].

قال: (ولا بأسَ بِلُبْسِ الحَريرِ والدِّيباجِ في الحَربِ عندهما)؛ لِما روى الشَّعبيُّ «أنَّه ﷺ رَخَّصَ في لُبسِ الحريرِ والدِّيباجِ في الحرب»[٤]، ولأنَّ فيه ضرورةً، فإنَّ الخالِصَ منه أدفعُ لِمَعرَّة السِّلاحِ[٥]، وأهيبُ في عَينِ العدوِّ لِبَريقِهِ.

(ويُكرَهُ عند أبي حنيفة)؛ لأنَّه لا فَصْلَ فيما رويناه[٦]، والضَّرورةُ اندفعت بالمَخلُوطِ، وهو الذي لُحمَتُه حريرٌ وسُداهُ غيرُ ذلك، والمحظورُ لا يُستباحُ

---

(١) قال الزيلعي (٤/ ٢٢٧): غريب جداً. ويُشكِلُ على المذهبِ حديثُ حذيفة قال: نهانا رسولُ الله ﷺ أن نَشرَبَ في آنيةِ الذَّهبِ والفضَّةِ، وأن نأكلَ فيها، وعن لُبسِ الحريرِ والدِّيباجِ، وأن نَجلِسَ عليه. أخرجه البخاري.

(٢) قال الزيلعي (٤/ ٢٢٧): رواه ابنُ سعدٍ في الطَّبقات في ترجمة ابن عباس، وهي في أوَّلُ الطَّبقةِ الخامسةِ مِمَّنْ مات النَّبيُّ ﷺ وهم أحداث الأسنان، فقال: حدَّثنا أبو نُعيم الفَضلُ بنُ دُكَين، ثنا مِسعَرٌ عن راشد، مولىً لبني عامر، قال: رأيتُ على فراشِ ابن عبَّاسٍ مِرفَقَةَ حريرٍ. اهـ
أخبرنا عبد الوهاب بن عطاء، ثنا عَمرو بن أبي المِقدام، عن مُؤذِّنِ بني وادِعَة، قال: دخلتُ على عبد الله بن عباس، وهو متَّكئٌ على مِرفَقةِ حرير، وسعيدُ بنُ جُبيرٍ عند رجليه، وهو يقول له: انظر كيف تُحدِّثُ عنِّي، فإنَّكَ حَفظتَ عنِّي كثيراً، انتهى.

(٣) أي: الجامع بينَ القليل من اللُّبس والقليلِ من المَلبوسِ كونُهُ نموذجاً، يريدُ به: أنَّ المُستعمِلَ يَعلَمُ بهذا المِقدارِ لَذَّةَ ما وُعِدَ له في الآخرةِ منه، لِيَرغَبَ في تَحصيلِ سَببٍ يُوصِلُهُ إليه. بناية.

(٤) قال الزيلعي (٤/ ٢٢٧): غريبٌ عن الشَّعبيِّ، ورواه ابنُ عَدي في الكامل من حديث بقيَّةَ عن عيسى ابنِ إبراهيم ابنِ طهمان الهاشميِّ عن موسى بن أبي حبيب عن الحَكم بن عُمَير، وكان من أصحاب النَّبيِّ ﷺ، قال: رَخَّصَ رسولُ الله ﷺ في لباس الحرير عند القتال. اهـ

(٥) أي: شدَّتِه. بناية.

(٦) يريدُ به قولَه ﷺ: «هذان حرامان على ذكور أمتي». عناية.

ولا بأسَ بِلُبسِ ما سُداهُ حريرٌ ولُحمَتُهُ غيرُ حَريرٍ، كالقُطنِ والخَزِّ، في الحَربِ وغَيرِهِ. وما كان لُحمَتُهُ حَرِيراً وسُداهُ غيرَ حَريرٍ لا بأسَ بهِ في الحَربِ، ويُكرَهُ في غيرِهِ. ....

إلَّا لضرورةٍ، وما رواهُ[1] محمولٌ على المَخلوط.

قال: (ولا بأسَ بِلُبسِ ما سُداهُ حريرٌ ولُحمَتُهُ غيرُ حَريرٍ، كالقُطنِ والخَزِّ، في الحَربِ وغَيرِهِ)؛ لأنَّ الصَّحابةَ ﵃ كانوا يَلبَسونَ الخزَّ[2]، والخزُّ مُسَدًّى بالحرير، ولأنَّ الثَّوبَ إنَّما يَصيرُ ثوباً بالنَّسجِ، والنَّسجُ باللُّحمة، فكانت هي المُعتَبَرةُ دونَ السُّدَى.

وقال أبو يوسف: أكرَهُ ثوبَ القَزِّ يكونُ بين الفَروِ والظِّهارةِ، ولا أرى بِحَشوِ القَزِّ بأساً؛ لأنَّ الثَّوبَ مَلبوسٌ والحَشوَ غيرُ مَلبوسٍ.

قال: (وما كان لُحمَتُهُ حَرِيراً وسُداهُ غيرَ حَريرٍ لا بأسَ بهِ في الحَربِ) للضَّرورةِ، (ويُكرَهُ في غيرِهِ) لانعدامِها، والاعتبارُ لِلُّحمةِ على ما بيَّنَّا[3].

---

(١) أي: ما رواه الصَّاحبان.

(٢) قال الزيلعي (٤/ ٢٢٧):
فيه آثار: منها ما رواه البخاري في الأدب عن قتادة عن زُرارة، قال: رأيتُ عِمرانَ بنَ حُصين يَلبَسُ الخزَّ.
ومنها: ما رواه ابن أبي شيبة في مصنفه عن يحيى بن أبي إسحاق، قال: رأيتُ على أنس بن مالك مُطرَّف خزٍّ اهـ، ورواه عبد الرَّزاق عن عبد الكريم الجَزَري قال: رأيتُ على أنس بن مالك جُبَّةَ خزٍّ، وكِساءَ خزٍّ، وأنا أطوف بالبيت مع سعيد بن جبير. اهـ.
ومنها: ما رواه عبد الرزاق عن وَهْب بنِ كَيسان، قال: رأيتُ ستَّةً من أصحابِ رسولِ الله ﷺ يَلبَسونَ الخزَّ، سعدَ بنَ أبي وقاص، وابنَ عمر، وجابرَ بنَ عبد الله، وأبو سعيد، وأبو هريرة، وأنس بن مالك. اهـ. ومن طريق عبد الرزاق رواه البيهقي في شعب الإيمان.
انظر نصب الراية (٤/ ٢٢٧ - ٢٣٢) فإنَّ فيه مزيدَ تفصيل وأخبار.

(٣) إشارة إلى قوله: «لأنَّ الثَّوبَ إنَّما يَصيرُ ثوباً بالنَّسجِ، والنَّسجُ باللُّحمة».

ولا يَجوزُ لِلرِّجالِ التَّحلِّي بالذَّهبِ ولا بالفِضَّةِ، إلَّا بالخاتَمِ والمِنطَقَةِ وحِليةِ السَّيفِ مِنَ الفِضَّةِ، ....

قال: (ولا يَجوزُ لِلرِّجالِ التَّحلِّي بالذَّهبِ) لِما رَوينا[1]، (ولا بالفِضَّةِ)؛ لأنها في معناه (إلَّا بالخاتَمِ والمِنطَقةِ[2] وحِليةِ السَّيفِ مِنَ الفِضَّةِ) تحقيقاً لمعنى النَّموذَجِ، والفِضَّةُ أغنَتْ عن الذَّهبِ؛ إذْ هما من جنسٍ واحدٍ، كيف وقد جاء في إباحةِ ذلك آثار[3].

وفي الجامع الصغير: ولا يَتختَّمُ إلا بالفِضَّة، وهذا نصٌّ على أنَّ التَّختُّمَ بالحَجَرِ والحديدِ والصُّفرِ حرامٌ. ورأى رسولُ الله ﷺ على رجلٍ خاتَمَ صُفرٍ فقال: «ما لي أجِدُ منك رائحةَ الأصنام»، ورأى على آخَرَ خاتَمَ حديدٍ فقال: «ما لي أرى عليكَ حِليةَ أهلِ النَّار»[4].

---

(١) أشار به إلى قوله ﷺ: «هذان حرامان على ذكور أمَّتي».

(٢) «المنطقة» بكسر الميم وفتح الطاء قُهستاني، وهي اسم لِما يُسمِّيه النَّاسُ بالحِياصَةِ. مِصباح، والحِياصةُ: سَيْرٌ يُشَدُّ به حِزامُ السَّرج. قاموس، وفيه: مِنطقَةٌ كَمِكنَسَة ما يُنتَطقُ به، وانتَطقَ الرَّجلُ شَدَّ وسَطَهُ بِمِنطَقَةٍ، كتَنَطَّقَ. اهـ، وهذا أنسَبُ هنا؛ لأنَّ الحِياصَةَ للدَّابَّةِ، والكلامُ في تَحليةِ الرَّجلِ نفسِهِ، تأمَّل. انظر عا (٩/ ٥٩٣) ط دار المعرفة.

(٣) - أمَّا الخاتم فأخرج الأئمَّة السِّتَّةُ في كتبهم، وهو عند البخاري في كتاب العلم، باب: ما يذكر في المناولة وكتاب أهل العلم بالعلم إلى البلدان (٦٥)، ومسلم في اللِّباس والزِّينة، باب: تحريم خاتم الذَّهب على الرِّجال (٢٠٩٢) عن أنس بن مالك قال: كتَبَ النَّبيُّ ﷺ كتاباً - أو أراد أن يكتب - فقيل له: إنَّهم لا يَقرؤون كتاباً إلَّا مَختوماً، فاتَّخذَ خاتَماً من فضَّةٍ نقشُهُ «محمَّد رسولُ الله» كأنِّي أنظرُ إلى بياضِهِ في يدِهِ.

- وأمَّا السَّيف ففيه أحاديث، أحدها: ما أخرجه الترمذي في الجهاد، باب: السيوف وحليتها (١٦٩١)، وأبو داود في الجهاد، باب: في السيف يحلَّى (٢٥٨٤) عن أنس قال: كانت قَبيعَةُ سيفِ رسولِ الله ﷺ من فضَّة. واللَّفظ للترمذي، وفي القاموس: قبيعةُ السَّيفِ ما على طَرَفِ مِقبَضِهِ من فضَّةٍ أو حديد.

(٤) أخرجه الترمذي في اللباس، باب: خاتم الحديد (١٧٨٥)، والنسائي في الصغرى، في الزينة، باب: مقدار ما يجعل في الخاتم من فضة (٥١٩٥)، وأبو داود في الخاتم، باب: ما جاء =

والتَّختُّمُ بالذَّهَبِ على الرِّجالِ حرامٌ، ولا بأسَ بِمِسْمارِ الذَّهَبِ يُجعَلُ في حَجَرِ الفَصِّ،

ومن النَّاس مَن أطلَقَ[1] في الحَجَرِ الذي يُقالُ له: «يَشْبُ»؛ لأنَّه ليس بِحجرٍ، إذ ليس له ثِقَلُ الحَجَرِ، وإطلاقُ الجوابِ في الكتابِ يدلُّ على تحريمِهِ[2].

(والتَّختُّمُ بالذَّهَبِ على الرِّجالِ حرامٌ)؛ لِما روينا[3]، وعن عليٍّ رضي الله عنه «أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن التَّختُّمِ بالذَّهب»[4]، ولأنَّ الأصلَ فيه التَّحريمُ، والإباحةُ ضرورةُ الخَتْمِ أو النَّموذَجِ، وقد اندفعتْ بالأدنى، وهو الفِضَّة.

والحَلْقَةُ هي المُعتَبَرَةُ؛ لأنَّ قِوامَ الخاتَمِ بها، ولا مُعتَبَرَ بالفَصِّ، حتَّى يجوزُ أن يكونَ من حَجَرٍ.

ويَجعَلُ الفَصَّ إلى باطنِ كفِّهِ، بخلافِ النِّسوانِ؛ لأنَّه تزيُّنٌ في حقِّهنَّ.

وإنَّما يَتختَّمُ القاضي والسُّلطانُ لحاجتِهِ إلى الخَتْمِ، وأمَّا غيرُهُما فالأفضلُ أن يَترُكَه لعدمِ الحاجةِ إليه.

قال: (ولا بأسَ بِمِسْمارِ الذَّهَبِ يُجعَلُ في حَجَرِ الفَصِّ)، أي: في ثُقبِهِ؛ لأنَّه تابعٌ كالعَلَمِ في الثَّوبِ، فلا يُعَدُّ لابساً له.

= في خاتم الحديد (٤٢٢٣) عن عبد الله بن بريدة قال: جاء رجلٌ إلى النَّبيِّ ﷺ وعليه خاتَمٌ من حديدٍ، فقال: «ما لي أرى عليك حِليةَ أهلِ النَّار»؟ ثمَّ جاءه وعليه خاتَمٌ من صُفْرٍ، فقال: «ما لي أجِدُ منكَ رِيحَ الأصنام»؟ ثمَّ أتاه وعليه خاتَمٌ من ذهبٍ، فقال: «اِرمِ عنكَ حِليةَ أهلِ الجنَّةِ»، قال: من أيِّ شيءٍ أتَّخِذُه؟ قال: «من وَرِقٍ، ولا تُتِمَّهُ مِثقالاً»، واللفظ للترمذي.

(١) أي: أطلق الجوازَ.

(٢) أي: تحريم اليَشبِ؛ لأنَّه قد يُتَّخذ منه الصَّنمُ، فيؤخذ منه ريح الأصنام، وهو المعوَّلُ عليه في النَّهي على تحريمِ الصُّفر، على ما وقعت عليه الإشارةُ النَّبويَّةُ إليه. بناية.

(٣) أشار به إلى ما تقدَّم من قوله ﷺ: «هذان حرامان ...».

(٤) أخرجه الجماعة إلَّا البخاري، وهو عند مسلم في اللِّباس والزِّينة، باب: النَّهي عن لُبسِ الرَّجلِ الثَّوبَ المعصفر (٢٠٧٨) عن عليِّ بن أبي طالب قال: نهاني رسولُ الله ﷺ عن التَّختُّم بالذَّهب، وعن لِباسِ القِسِّيِّ، وعن القراءةِ في الرُّكوعِ والسُّجودِ، وعن لباسِ المُعَصْفَرِ.

ولا تُشَدُّ الأسنانُ بالذَّهبِ، وتُشَدُّ بالفِضَّةِ. ويُكرَهُ أن يُلْبَسَ الذُّكورُ من الصِّبيانِ الذَّهَبَ والحَريرَ. وتُكرَهُ الخِرقَةُ التي تُحمَلُ فيُمَسَحُ بها العَرَقُ، وكذا التي يُمسَحُ بها الوُضوءُ أو يُتَمَخَّطُ بها.

قال: (ولا تُشَدُّ الأسنانُ بالذَّهبِ، وتُشَدُّ بالفِضَّةِ) وهذا عند أبي حنيفة. وقال محمد: لا بأسَ بالذَّهبِ أيضاً. وعن أبي يوسف مِثلُ قولِ كلٍّ منهما.

لهما: أنَّ عَرْفَجَةَ بنَ أسعد الكناني أُصيبَ أنفُهُ يومَ الكلابِ، فاتَّخَذَ أنفاً من فضَّةٍ فأنتَنَ، فأمَرَهُ النَّبيُّ ﷺ بأن يَتَّخِذَ أنفاً من ذهبٍ[1].

ولأبي حنيفة: أنَّ الأصلَ فيه التَّحريمُ، والإباحةُ لِلضَّرورةِ، وقد اندفعتْ بالفضَّةِ، وهي الأدنى، فبقي الذَّهبُ على التَّحريم، والضَّرورةُ فيما رُوي لم تَندفع في الأنف دونَهُ حيثُ أنتَنَ.

قال: (ويُكرَهُ أن يُلْبَسَ الذُّكورُ من الصِّبيانِ الذَّهَبَ والحَريرَ)؛ لأنَّ التَّحريمَ لَمَّا ثبت في حقِّ الذُّكورِ وحَرُمَ اللُّبسُ، حَرُمَ الإلباسُ، كالخمرِ لمَّا حَرُمَ شُربُها حَرُمَ سَقْيُها.

قال: (وتُكرَهُ الخِرقَةُ التي تُحمَلُ فيُمَسَحُ بها العَرَقُ)؛ لأنَّه نوعُ تَجبُّرٍ وتَكبُّرٍ[2]، (وكذا التي يُمسَحُ بها الوُضوءُ أو يُتَمَخَّطُ بها)، وقيل: إذا كان عن حاجةٍ لا يُكرَهُ، وهو الصَّحيحُ، وإنَّما يُكره إذا كان عن تكبُّرٍ وتَجبُّرٍ، وصار كالتَّربُّعِ في الجلوس.

---

(١) أخرجه الترمذيُّ في اللِّباس، باب: شدُّ الأسنان بالذَّهب (١٧٧٠)، وأبو داود في الخاتم، باب: ما جاء في ربط الأسنان بالذهب (٤٢٣٢)، والنسائي في الصغرى في الزينة، باب: من أصيب انفه هل يتخذ انفاً من ذهب (٥١٦١) عن عبد الرَّحمن بنِ طَرَفَةَ أنَّ جدَّه عَرْفَجَة بنَ أسعد قُطِعَ أنفُهُ يومَ الكلاب - يومٌ معروفٌ من أيَّام الجاهلية - فاتَّخذ أنفاً من ورِقٍ، فأنتَنَ عليه، فأمَرَهُ النَّبيُّ ﷺ فاتَّخذ أنفاً من ذهب.

(٢) لعلَّ هذا تابعٌ للعُرفِ ولنيَّةِ المستعمِل، وممَّا يدلُّ على ذلك قول أبي جعفر: إنَّما يكره ذلك إذا كان شيئاً نفيساً؛ لأنَّ في ذلك فخرٌ وتكبُّرٌ، وأمَّا إذا لم تكن الخرقةُ نفيسةً، فلا بأس لأنَّه لا يكونُ فيه كبرٌ. اهـ.

ولا بأسَ بأن يَربطَ الرَّجُلُ في أُصبُعِهِ أو خاتَمِهِ الخيطَ لِلحاجَةِ.

(ولا بأسَ بأن يَربطَ الرَّجُلُ في أُصبُعِهِ أو خاتَمِهِ الخيطَ لِلحاجَةِ)، ويُسمَّى ذلك الرَّتْمُ والرَّتيمةُ، وكان ذلك من عادةِ العربِ، قال قائلهم:

لا يَـنْـفـعـنَّـكَ الـيـومَ إن هَـمَّـتْ بـهـم
كـثـرةُ مـا تُـوصـي وتَـعـقـادُ الـرُّتَـم

وقد روي أنَّ النَّبيَ ﷺ أمَرَ بعضَ أصحابِهِ بذلك[١]، ولأنَّه ليس بِعَبَثٍ؛ لما فيه من الغَرَضِ الصَّحيحِ، وهو التَّذكُّرُ عند النِّسيان.

---

(١) فيه أحاديث عن النَّبيِّ ﷺ نفسِهِ أنَّه كان يَربطُ في أصبعه خيطاً ليذكر به حاجتَهُ، منها: ما أخرجه الطبراني في الكبير (٤/ ٢٨٢) (٤٤٣١) عن رافعِ بنِ خديج قال: رأيتُ في يد النَّبيِّ ﷺ خيطاً، فقلت: ما هذا؟ قال: «أستذكِرُ به». والحديث فيه مقال، انظر نصب الراية.

فصل في الوطء والنَّظر واللَّمس

ولا يَجوزُ أنْ يَنظُرَ الرَّجلُ إلى الأجنبيَّةِ إلَّا إلى وَجْهِها وكَفَّيها، فإنْ كانَ لا يأمَنُ الشَّهوةَ لا يَنظُرُ إلى وَجهِها إلَّا لِحاجةٍ، ....

(فصل في الوطء والنَّظر واللَّمس)

قال: (ولا يَجوزُ أنْ يَنظُرَ الرَّجلُ إلى الأجنبيَّةِ إلَّا إلى وَجْهِها وكَفَّيها)؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النُّور: ٣١]، قال عليٌّ وابنُ عبَّاس رضي الله عنهما: «ما ظهَرَ منها الكُحلُ والخاتَمُ[١]»، والمرادُ مَوضِعُهما، وهو الوجهُ والكفُّ، كما أنَّ المُرادَ بالزِّينةِ المَذكورةِ مَوضِعُها، ولأنَّ في إبداءِ الوجهِ والكفِّ ضرورةً لحاجتها إلى المعاملةِ مع الرِّجالِ أخذاً وإعطاءً وغير ذلك.

وهذا[٢] تنصيصٌ على أنَّه لا يُباحُ النَّظرُ إلى قَدَمِها. وعن أبي حنيفة: أنَّه يُباح؛ لأنَّ فيه بعضَ الضَّرورةِ. وعن أبي يوسف: أنَّه يُباحُ النَّظرُ إلى ذِراعِها أيضاً؛ لأنَّه قد يَبدو منها عادةً.

قال: (فإنْ كانَ لا يأمَنُ الشَّهوةَ لا يَنظُرُ إلى وَجهِها إلَّا لِحاجةٍ)؛ لقوله ﷺ: «مَنْ نَظَرَ إلى مَحاسِنِ امرأةٍ أجنبيَّةٍ عن شَهوةٍ، صُبَّ في عَينَيهِ الآنُكُ[٣] يومَ القيامةِ»[٤]، فإذا خافَ الشَّهوةَ لم يَنظُرْ من غيرِ حاجةٍ تَحرُّزاً عن المُحرَّمِ.

---

(١) رواه عن ابن عباس الطَّبريُّ في تفسيره، وأخرجه ابنُ أبي شيبة في مصنَّفِه في النِّكاحِ عن عكرمة، وأبي صالح، وسعيدِ بن جبير من قولهم، وأخرجه عبد الرَّزاق في تفسيره عن قتادة، وأمَّا الرِّوايةُ عن عليٍّ فغريب. اهـ نصب الراية (٤/ ٢٣٩)

(٢) أراد ما روي عن ابن عباس وعلي رضي الله عنهما.

(٣) «الآنك» الرَّصاصُ المُذاب.

(٤) قال الزيلعي (٤/ ٢٤٠): غريب، والمعروف ما أخرجه البخاري في التعبير، باب: من كذب في حلمه (٦٦٣٥) عن ابن عباس عن النبي ﷺ «... ومَن استَمَع إلى حديث قومٍ وهم له كارهون، صُبَّ في أذنِهِ الآنُك يوم القيامة ...» الحديث.

ولا يَحِلُّ له أنْ يَمَسَّ وَجْهَها ولا كَفَّيها وإنْ كانَ يَأمَنُ الشَّهوةَ. ....

وقوله: «لا يأمَنُ» يدلُّ على أنَّه لا يُباحُ إذا شَكَّ في الاشتهاءِ، كما إذا عَلِمَ أو كان أكبَرُ رأيِهِ ذلك.

(ولا يَحِلُّ له أنْ يَمَسَّ وَجْهَها ولا كَفَّيها وإنْ كانَ يَأمَنُ الشَّهوةَ)؛ لقيامِ المُحرِّمِ وانعدامِ الضَّرورةِ والبلوى، بخلافِ النَّظرِ لأنَّ فيه بَلوى[1].

والمُحرِّمُ قولُه ﷺ: «مَنْ مَسَّ كفَّ امرأةٍ ليس منها بِسَبيلٍ، وُضِعَ على كفِّهِ جَمرةٌ يومَ القيامةِ[2]»، وهذا إذا كانت شابَّةً تُشتَهَى، أمَّا إذا كانت عجوزاً لا تُشتَهَى فلا بأسَ بِمُصافَحَتِها ومَسِّ يَدِها؛ لانعدام خَوفِ الفتنةِ. وقد روي أنَّ أبا بكر رضي الله عنه كان يدخلُ بعضَ القبائل التي كان مُستَرْضَعاً فيهم، وكان يُصافِحُ العجائزَ[3]، وعبدُ اللهِ بنُ الزُّبير رضي الله عنه استأجَرَ عجوزاً لِتُمرِّضَهُ، وكانت تَغمِزُ رجلَيهِ وتُفلِّي رأسَهُ[4].

وكذا إذا كان شيخاً يأمنُ على نفسِهِ وعليها لِما قلنا، فإن كان لا يأمَنُ عليها لا تَحِلُّ مُصافَحَتُها لِما فيه من التَّعريضِ للفتنة[5].

---

(١) وهي الحاجة إلى إليه، كما تقدَّم قبلَ قليل.

(٢) قال الزيلعي (٤/ ٢٤٠): غريب.
هذا وقد أخرج الطبراني في الكبير (٢٠/ ٢١١) (١٧٢٤٢) عن مَعقِل بنِ يَسار قال: قال رسول الله ﷺ: «لأن يُطعَنَ في رأسِ أحدكم بِمِخيَطٍ من حديدٍ، خيرٌ له من أنْ يَمَسَّ امرأةً لا تَحِلُّ له»، قال الهيثمي في مجمع الزوائد: رجاله رجال الصَّحيح.

(٣) قال الزيلعي (٤/ ٢٤٠): غريب.

(٤) قال الزيلعي (٤/ ٢٤٠): غريب

(٥) وممَّا استدلَّ الفقهاءُ به على تحريمِ مُصافحةِ النِّساءِ ما أخرجه البخاري في الطَّلاق، باب: إذا أسلمت المشركة أو النَّصرانية (٤٩٨٣)، ومسلم في الإمارة، باب: كيفيَّة بيعة النِّساء (١٨٦٦) عائشة رضي الله عنها زوجِ النَّبيِّ ﷺ قالت: كانت المؤمناتُ إذا هاجَرْنَ إلى النَّبيِّ ﷺ يَمتحِنُهُنَّ بِقولِ الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ﴾ [المُمتَحنَة: ١٠] إلى آخر الآية. قالت عائشةُ فمَنْ أقرَّ بهذا الشَّرط من المؤمناتِ فقد أقرَّ بالمِحنَةِ، فكان رسولُ الله ﷺ إذا أقرَرْنَ بذلك من قولِهِنَّ، =

والصَّغيرةُ إذا كانت لا تُشتهى يُباحُ مَسُّها والنَّظرُ إليها. ويَجوزُ للقاضي إذا أرادَ أنْ يَحكُمَ عليها، ولِلشَّاهِدِ إذا أرادَ أداءَ الشَّهادةِ عليها، النَّظرُ إلى وَجهِها وإنْ خافَ أنْ يَشتَهِي. ومَنْ أرادَ أنْ يَتزَوَّجَ امرأةً، فلا بأسَ بأن يَنظُرَ إليها وإنْ عَلِمَ أنَّه يَشتَهِيَها. ويَجوزُ لِلطَّبيبِ أنْ يَنظُرَ إلى مَوضِعِ المَرَضِ منها ويَنبَغِي أنْ يُعلِّمَ امرأةً مُداواتَها،

(والصَّغيرةُ إذا كانت لا تُشتهى يُباحُ مَسُّها والنَّظرُ إليها)؛ لِعَدَمِ خوفِ الفتنةِ.

قال: (ويَجوزُ للقاضي إذا أرادَ أنْ يَحكُمَ عليها، ولِلشَّاهِدِ إذا أرادَ أداءَ الشَّهادةِ عليها، النَّظرُ إلى وَجهِها وإنْ خافَ أنْ يَشتَهِي)؛ للحاجةِ إلى إحياءِ حقوقِ النَّاسِ بِواسطةِ القَضاءِ وأداءِ الشَّهادةِ، ولكن يَنبغي أنْ يَقصِدَ بِهِ أداءَ الشَّهادةِ، أو الحُكمَ عليها، لا قضاءَ الشَّهوةِ، تَحرُّزاً عمَّا يُمكِنُهُ التَّحرُّزُ عنه، وهو قَصدُ القَبيحِ.

وأمَّا النَّظرُ لِتَحمُّلِ الشَّهادةِ، إذا اشتَهَى قيل: يُباحُ. والأصحُّ أنَّه لا يُباحُ؛ لأنَّه يُوجَدُ مَن لا تُشتهى، فلا ضرورةَ، بخلافِ حالةِ الأداءِ.

(ومَنْ أرادَ أنْ يَتزَوَّجَ امرأةً، فلا بأسَ بأن يَنظُرَ إليها وإنْ عَلِمَ أنَّه يَشتَهِيَها)؛ لقوله ﷺ فيه: «أبصِرْها فإنَّه أحرى أنْ يُؤدَمَ بينكما[1]»، ولأنَّ مَقصودَهُ إقامةُ السُّنَّةِ لا قضاءُ الشَّهوة.

(ويَجوزُ لِلطَّبيبِ أنْ يَنظُرَ إلى مَوضِعِ المَرَضِ منها) للضَّرورةِ، (ويَنبَغِي أنْ يُعلِّمَ امرأةً مُداواتَها)؛ لأنَّ نظَرَ الجنسِ إلى الجنسِ أسهلُ، ....

= قال لهُنَّ رسولُ الله ﷺ: «انطَلِقْنَ فقد بايَعْتُكُنَّ»، لا واللهِ ما مَسَّتْ يدُ رسولِ اللهِ ﷺ يدَ امرأةٍ قَطُّ، غيرَ أنَّه بايَعَهُنَّ بالكلام، واللهِ ما أخَذَ رسولُ الله ﷺ على النِّساء إلَّا بما أمَرَهُ اللهِ، يقول لهنَّ إذا أخَذَ عليهنَّ: «قد بايَعْتُكُنَّ» كلاماً.

(١) أخرجه الترمذي في النكاح، باب: النظر إلى المخطوبة (١٠٨٧)، والنسائي في الصغرى، في النكاح، باب: إباحة النظر قبل التزوج (٣٢٣٥) عن المغيرةِ بن شُعبة أنَّه خَطَب امرأةً، فقال النَّبيُّ ﷺ: «انظرْ إليها؛ فإنَّه أحرى أن يُؤدَمَ بينكما».

قال الترمذي: وفي الباب عن محمد بن مَسلَمَة، و جابرٍ، و أبي حُميد، وأبي هريرة. وهذا حديث حسن. ومعنى قوله: «أحرى أن يُؤدَمَ بينكما» قال: أحرى أن تَدُوم المَودَّة بينكما. اهـ

فإنْ لم يَقدِرُوا يَستُرْ كلَّ عُضوٍ منها سِوَى مَوضِعِ المَرَضِ، وكذا يَجوزُ لِلرَّجلِ النَّظَرُ إلى مَوضِعِ الاحتِقانِ مِنَ الرَّجلِ. ويَنظُرُ الرَّجلُ مِنَ الرَّجُلِ إلى جَميعِ بَدَنِهِ، إلَّا ما بينَ سُرَّتِهِ إلى رُكبَتِهِ. ....

(فإنْ لم يَقدِرُوا يَستُرْ كلَّ عُضوٍ منها سِوَى مَوضِعِ المَرَضِ)، ثمَّ يَنظرُ ويَغُضُّ بصَرَهُ ما استطاع؛ لأنَّ ما ثَبتَ بالضَّرورةِ يَتقدَّر بِقَدْرِها، وصار كنَظَرِ الخافِضَةِ والخَتَّانِ.

(وكذا يَجوزُ لِلرَّجلِ النَّظَرُ إلى مَوضِعِ الاحتِقانِ مِنَ الرَّجلِ)؛ لأنَّه مُداواةٌ.

ويَجوزُ [الاحتقان][1] للمرض، وكذا لِلهُزالِ الفاحِشِ، على ما روي عن أبي يوسف؛ لأنَّه أمارةُ المَرَض.

قال: (ويَنظُرُ الرَّجلُ مِنَ الرَّجُلِ إلى جَميعِ بَدَنِهِ، إلَّا ما بينَ سُرَّتِهِ إلى رُكبَتِهِ)؛ لقوله ﷺ: «عورةُ الرَّجلِ ما بينَ سُرَّتِهِ إلى رُكبتِهِ[2]»، ويُروَى «ما دُونَ سُرَّتِهِ حتَّى يُجاوِزَ رُكبتَيهِ[3]»، وبهذا ثبَتَ أنَّ السُّرَّةَ ليست بعورةٍ، خلافاً لما يقوله أبو عصمة والشَّافعيُّ[4].

والرُّكبةُ عورةٌ، خلافاً لِما قاله الشَّافعيُّ[5].

والفَخِذُ عورةٌ خلافاً لأصحابِ الظَّواهرِ.

---

(١) زيادة من (ج).

(٢) تقدم في شروط الصلاة (١/ ٢٠٠) ت (٢).

(٣) تقدم في شروط الصلاة (١/ ٢٠٠) ت (٣).

(٤) قال النووي في الروضة (١/ ٣٨٩) ط الكتب العلمية: وعورةُ الرَّجل، حرّاً كان أو عبداً، ما بين السُّرَّة والرُّكبة على الصحيح. وفي وجهٍ: الرُّكبةُ والسُّرَّة عورةٌ. وفي وجه: الرُّكبةُ عورةٌ دونَ السُّرَّة. قلت: لنا وجهٌ ضعيفٌ مشهور: أنَّ السُّرَّة عورةٌ دونَ الرُّكبة. والله أعلم. اهـ، وانظر مغني المحتاج (١/ ٢٥٦) ط دار الفكر

(٥) انظر التعليق السابق.

وما يُباحُ النَّظرُ إليه لِلرَّجُلِ مِنَ الرَّجلِ يُباحُ المَسُّ. ....

وما دونَ السُّرَّةِ إلى مَنبتِ الشَّعرِ عَورةٌ، خلافاً لِما يقوله الإمامُ أبو بكرٍ محمَّدُ بنُ الفَضلِ الكُماري مُعتمِداً فيه العادةَ[١]؛ لأنَّه لا مُعتبَرَ بها مع النَّصِّ بخلافِهِ.

وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه قال: «الرُّكبةُ من العَورةِ[٢]»، وأبدى الحسَنُ بنُ عليٍّ رضي الله عنه سُرَّتَه فقبَّلَها أبو هريرة رضي الله عنه[٣].

وقال لِجَرهَدَ: «وارِ فَخِذَكَ، أما عَلِمتَ أنَّ الفَخِذَ عورةٌ[٤]؟»، ولأنَّ الرُّكبةَ مُلتقى عَظمِ الفَخِذِ والسَّاقِ، فاجتَمَعَ المُحرِّمُ والمُبيحُ، وفي مِثلِهِ يَغلِبُ المُحرِّمُ.

وحكمُ العورةِ في الرُّكبةِ أخفُّ منه في الفَخِذِ، وفي الفَخِذِ أخفُّ منه في السَّوأةِ، حتَّى إنَّ كاشِفَ الرُّكبةِ يُنكَرُ عليه بِرِفْقٍ، وكاشِفَ الفَخِذِ يُعنَّفُ عليه، وكاشِفَ السَّوءةِ يُؤدَّبُ إنْ لَجَّ.

(وما يُباحُ النَّظرُ إليه لِلرَّجُلِ مِنَ الرَّجُلِ يُباحُ المَسُّ)؛ لأنَّهما[٥] فيما ليس بِعَورةٍ سواء.

---

(١) أراد أنَّ الإزارَ قد ينحطُّ في العادةِ إلى ذلك الموضعِ. والله أعلم

(٢) غريب من حديث أبي هريرة، وتقدم في شروط الطهارة أنَّه من حديث عليٍّ، وفيه ضعف. زيلعي (٤/ ٢٤٢)

(٣) أخرج أحمد (٢/ ٤٨٨) (١٠٣٣٢)، وابن حبان (١٥/ ٤٢٠) (٦٩٦٥) عن عُمَير بنِ إسحاق قال: رأيتُ أبا هريرة لَقِيَ الحسَنَ بنَ عليٍّ فقال: اِكشِفْ لي عن بطنِكَ حيث رأيتُ رسولَ الله ﷺ يُقبِّلُه، قال: فكشَفَ عن بَطنِهِ فقبَّلَ سُرَّتَه. ولو كانت من العورةِ ما كشَفَها.
واللفظ لابن حبان.

(٤) أخرجه أبو داود في الحمام، باب: النَّهي عن التَّعرِّي (٤٠١٤) عن زُرعةَ بنِ عبد الرَّحمنِ بنِ جَرْهَد عن أبيه قال: كان جَرْهَدُ من أصحابِ الصُّفَّةِ أنَّه قال: جلَسَ رسول الله ﷺ عندنا وفَخِذي مُنكشِفَةٌ فقال: «أما عَلِمتَ أنَّ الفَخِذَ عورةٌ؟».
وأخرج نحوه الترمذي في الأدب، باب: أنَّ الفخذ عورة (٢٧٩٥)، وقال: حديث حسن.

(٥) أي: لأنَّ النَّظرَ والمَسَّ.

وَيَجوزُ لِلمَرأةِ أنْ تَنظُرَ مِنَ الرَّجلِ إلى ما يَنظُرُ الرَّجلُ إليهِ منه إذا أَمِنَتِ الشَّهوةَ. وتَنظُرُ المرأةُ مِنَ المرأةِ إلى ما يَجوزُ لِلرَّجلِ أنْ يَنظُرَ إليه مِنَ الرَّجلِ. ....

قال: (وَيَجوزُ لِلمَرأةِ أنْ تَنظُرَ مِنَ الرَّجلِ إلى ما يَنظُرُ الرَّجلُ إليهِ منه إذا أَمِنَتِ الشَّهوةَ)؛ لاستواءِ الرَّجلِ والمرأةِ في النَّظرِ إلى ما ليس بعورةٍ، كالثِّيابِ والدَّوابِّ.

وفي كتاب الخنثى من الأصل: أنَّ نظَرَ المرأةِ إلى الرَّجلِ الأجنبيِّ بمنزلةِ نظر الرَّجلِ إلى مَحارِمِهِ؛ لأنَّ النَّظرَ إلى خلافِ الجِنسِ أغلَظُ، فإنْ كان في قَلبِها شهوةٌ، أو أكبَرُ رأيِها أنَّها تَشتهي، أو شَكَّتْ في ذلك يُستَحَبُّ لها أن تَغُضَّ بصَرَها، ولو كان النَّاظِرُ هو الرَّجل إليها، وهو بهذه الصِّفةِ لم يَنظُرْ، وهذا إشارةٌ إلى التَّحريم.

ووجهُ الفَرقِ[1]: أنَّ الشَّهوةَ عليهِنَّ غالبةٌ، وهو كالمتحقِّقِ اعتباراً، فإذا اشتَهَى الرَّجلُ كانتِ الشَّهوةُ مَوجودةً في الجانبين، ولا كذلك إذا اشتهتِ المرأةُ؛ لأنَّ الشَّهوةَ غيرُ موجودةٍ في جانبِهِ حقيقةً واعتباراً، فكانت من جانبٍ واحدٍ، والمُتحقِّقُ من الجانبينِ في الإفضاءِ إلى المُحرَّمِ، أقوى من المُتحقِّقِ في جانبٍ واحدٍ.

قال: (وتَنظُرُ المرأةُ مِنَ المرأةِ إلى ما يَجوزُ لِلرَّجلِ أنْ يَنظُرَ إليه مِنَ الرَّجلِ)؛ لوجودِ المُجانَسَةِ، وانعدامِ الشَّهوةِ غالباً، كما في نَظرِ الرَّجلِ إلى الرَّجلِ، وكذا الضَّرورةُ قد تحقَّقتْ إلى الانكشافِ فيما بينهنَّ.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ نظَرَ المرأةِ إلى المرأةِ كنَظَرِ الرَّجلِ إلى مَحارِمِهِ، بخلافِ نَظَرِها إلى الرَّجلِ؛ لأنَّ الرِّجال يَحتاجونَ إلى زيادةِ الانكشاف للاشتغال بالأعمال. والأوَّلُ أصحُّ.

---

[1] أي: فَرْقُ ما ذَكَرَ في الأصلِ مِنْ جَعلِ عَدَمِ نَظَرِها إليه مُستحبّاً، وعَدَمِ نَظرِهِ إليها واجباً. عناية.

ويَنظُرُ الرَّجلُ من أمَتِهِ التي تَحِلُّ له وزَوجَتِهِ إلى فَرجِها. ....

قال: (ويَنظُرُ الرَّجلُ من أمَتِهِ التي تَحِلُّ له[1] وزَوجَتِهِ إلى فَرجِها)، وهذا إطلاقٌ في النَّظرِ إلى سائرِ بَدَنِها عن شَهوةٍ وغيرِ شَهوةٍ، والأصلُ فيه قولُه ﷺ: «غُضَّ بَصَرَكَ إلَّا عن أمتِكَ وامرأتِكَ[2]»، ولأنَّ ما فوقَ ذلك من المَسِّ والغَشَيانِ مُباحٌ، فالنَّظرُ أولى، إلَّا أنَّ الأولى أنْ لا يَنظرَ كلُّ واحدٍ منهما إلى عَورةِ صاحبِه؛ لقوله ﷺ: «إذا أتى أحَدُكُم أهلَهُ فَليَستَتِرْ ما استَطاعَ، ولا يَتجرَّدانِ تَجرُّدَ العَيْرِ[3]»، ولأنَّ ذلك يُورِثُ النِّسيانَ لِوُرودِ الأثرِ[4].

---

(١) قيَّده بقوله: «من أمتِهِ التي تَحِلُّ له»؛ لأنَّ حُكمَ أمتِهِ المَجوسيَّةِ والتي هي أختُهُ من الرَّضاع، حُكمُ أمةِ الغيرِ في النَّظرِ إليها؛ لأنَّ إباحةَ النَّظرِ إلى جميعِ البدنِ مَبنيَّةٌ على حِلِّ الوَطءِ، فتنتفي بانتفائه. عناية.

(٢) أخرج الترمذي في الأدب، باب: حفظ العورة (٢٧٩٤)، وأبو داود في الحمام، باب: ما جاء في التَّعرِّي (٤٠١٧)، وابن ماجه في النكاح، باب: التستر عند الجماع (١٩٢٠) عن بَهزِ ابن حكيم عن أبيه عن جَدِّه قال: قلتُ: يا نبيَّ الله، عَوراتُنا ما نأتي منها وما نذر؟ قال: «احفَظْ عورَتَكَ إلَّا من زَوجتِكَ أو ما مَلَكَتْ يَمينُكَ»، قلت: يا رسولَ الله، إذا كان القومُ بَعضُهُم في بعضٍ؟ قال: «إنِ استطعتَ أنْ لا يراها أحدٌ فلا يراها»، قال: قلتُ: يا نبيَّ الله، إذا كان أحدُنا خالياً؟ قال: «فاللهُ أحقُّ أن يَستحيِيَ منه النَّاسُ».

(٣) أخرج ابن ماجه في النكاح، باب: التستر عند الجماع (١٩٢١) عن عتبة بن عبد السُّلمي قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أتى أحدُكُم أهلَهُ فليَستَتِر ولا يَتجرَّدْ تَجرُّدَ العَيرين».
وفي الباب من حديث عبد الله بن سرجس، وابن مسعود، وأبو هريرة، وأبو أمامة.

(٤) في البناية: وهو ما روي عن عليٍّ رضي الله عنه أنَّه قال: «من أكثر النَّظرَ إلى عورتِهِ عوقب بالنِّسيان»، ولم أر من ذكره من أرباب النَّقل. اهـ.
وفي نصب الرَّاية: ورَدَ أنَّه يُورِثُ العمى في حديثين ضعيفين:
الأول: أخرجه ابنُ عدي في الكامل، وابن حبان في كتاب الضُّعفاء عن بقيَّةَ عن ابنِ جُريج عن عطاء عن ابن عباس، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا جامع أحدُكُم زوجتَهُ فلا ينظرْ إلى فَرجِها؛ فإنَّ ذلك يُورِثُ العمى»، وجَعلاه من منكرات بقيَّةَ. ومن طريق ابن عدي رواه ابن الجوزيِّ في الموضوعات.
الثاني: رواه ابن الجوزي في الموضوعات عن أبي هريرة قال: قال رسول اللّه ﷺ: «إذا جامع أحدُكُم فلا ينظرْ إلى الفرج؛ فإنَّه يُورِثُ العمى، ولا يُكثِرُ الكلامَ؛ فإنَّه يُورِثُ الخَرَس»، فيه إبراهيمُ بن محمد بن يوسف الفريابي، قال الأزدي: ساقطٌ.

ويَنظُرُ الرَّجلُ مِنْ ذَواتِ مَحارِمِهِ إلى الوَجهِ والرَّأسِ والصَّدْرِ والسَّاقَينِ والعَضُدَينِ، ولا يَنظُرُ إلى ظَهرِها وبَطنِها وفَخِذِها، ....

وكان ابنُ عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا يقول: الأولى أن يَنظرَ لِيكونَ أبلَغَ في تَحصيلِ معنى اللَّذَّة[1].

قال: (ويَنظُرُ الرَّجلُ مِنْ ذَواتِ مَحارِمِهِ إلى الوَجهِ والرَّأسِ والصَّدْرِ والسَّاقَينِ والعَضُدَينِ. ولا يَنظُرُ إلى ظَهرِها وبَطنِها وفَخِذِها).

والأصل فيه[2] قولُهُ تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ [النُّور: ٣١] الآية، والمرادُ - والله أعلم - مواضعُ الزِّينةِ، وهي ما ذُكِرَ في الكتاب، ويدخلُ في ذلك[3] السَّاعدُ والأذُنُ والعُنقُ والقَدَمُ؛ لأنَّ كلَّ ذلك موضعُ الزِّينةِ، بخلافِ الظَّهرِ والبطنِ والفَخِذِ؛ لأنَّها ليست من مَواضِعِ الزِّينةِ، ولأنَّ البعضَ يدخلُ على البعضِ من غيرِ استئذانٍ واحتشام، والمرأةُ في بيتها في ثيابِ مَهنَتِها عادةً، فلو حَرُمَ النَّظرُ إلى هذه المَواضعِ أدَّى إلى الحَرجِ، وكذا الرَّغبةُ تَقِلُّ لِلحُرمَةِ المُؤبَّدَةِ، فقَلَّما تُشتَهى، بخلاف ما وراءها؛ لأنَّها لا تَنكشِفُ عادةً.

والمَحرَمُ مَنْ لا تَجوزُ المُناكَحَةُ بينه وبينها على التَّأبيدِ، بِنَسَبٍ كان أو بِسَببٍ كالرَّضاعِ والمُصاهَرَةِ؛ لِوُجودِ المَعنيَينِ فيه[4]، وسواءٌ كانت المُصاهَرَةُ بنكاحٍ أو سِفاحٍ في الأصح[5] لِما بيَّنَّا[6].

---

(١) لم يثبت عن ابن عمر أصلاً، لا بسند صحيح ولا بسند ضعيف. بناية.

(٢) أي: في جوازِ ما جازَ وعَدَم جَوازِ ما لم يجز. عناية.

(٣) أي: في مَواضعِ الزِّينةِ المَدلُولِ عليها بالزِّينة.

(٤) يعني: الضَّرورةَ وقِلَّةَ الرَّغبةِ فيه، أي: في المَحرَم.

(٥) قوله: «في الأصح» متعلِّق بقوله: «أو سفاح»؛ لأنَّ اختلاف المشايخ في المصاهرةِ بالزِّنا لا بالنكاح، فإنَّ بعضَ مشايخنا رَحِمَهُمُ اللهُ قال: لا يَثبُتُ حِلُّ المَسِّ والنَّظرِ بالمُصاهرةِ سِفاحاً؛ لأنَّ ثُبوتَ الحُرمةِ بطريقِ العُقوبة على الزَّاني لا بطريق النِّعمةِ، لأنَّه لمَّا ظهرت خِيانَتُهُ مرَّةً لا يُؤتَمَن ثانياً.
والأصحُّ أنَّه لا بأس بذلك لِما بيَّنَّا أنَّها مُحرَّمةٌ عليه على التَّأبيد، ولا وَجهَ لقوله: «ثبوت الحرمة بطريق العقوبة» لأنَّها تَثبُتُ باعتبارِ كرامةِ الوَلدِ على ما عُرِفَ في موضعه. عناية.

(٦) أشار به إلى قوله: «لوجود المعنيين». بناية.

ولا بأسَ بأنْ يَمَسَّ ما جازَ أن يَنظُرَ إليه منها، إلا إذا كان يَخافُ عليها أو على نَفسِهِ الشَّهوةَ، ولا بأسَ بالخَلوةِ والمُسافَرَةِ بِهِنَّ.

قال: (ولا بأسَ بأنْ يَمَسَّ ما جازَ أن يَنظُرَ إليه منها)؛ لِتَحقُّقِ الحاجةِ إلى ذلك في المُسافَرَةِ وقِلَّةِ الشَّهوةِ لِلمَحرَميَّةِ، بخلافِ وَجهِ الأجنبيَّةِ وكفَّيها، حيثُ لا يُباحُ المَسُّ وإن أبيح النَّظرُ؛ لأنَّ الشَّهوةَ مُتكامِلَةٌ.

(إلا إذا كان يَخافُ عليها[1] أو على نَفسِهِ الشَّهوةَ)، فحينئذٍ لا يَنظُرُ ولا يَمَسُّ؛ لقوله ﷺ: «العَينانِ تَزنيانِ وزِناهما النَّظرُ، واليدانِ تَزنيانِ وزِناهما البَطشُ[2]»، وحُرمةُ الزِّنا بذواتِ المَحارِمِ أغلَظُ فَيُجتَنَبُ.

(ولا بأسَ بالخَلوةِ والمُسافَرَةِ بِهِنَّ)؛ لقوله ﷺ: «لا تُسافِرُ المرأةُ فوقَ ثلاثةِ أيَّامٍ ولياليها إلَّا ومعها زَوجُها أو ذُو رَحِمٍ مَحرَمٍ منها[3]»، وقولِهِ ﷺ: «ألا لا يَخلُوَنَّ رجلٌ بامرأةٍ ليس منها بِسَبيلٍ، فإنَّ ثالثَهُما الشَّيطانُ[4]»، والمرادُ إذا لم يكن

---

(١) استثناء من قوله: «ولا بأس».

(٢) أخرجه مسلم في القدر، باب: قدّر على ابن آدم حظُّه من الزِّنا وغيره (٢٦٥٧) عن أبي هريرة عن النَّبيِّ ﷺ قال: «كُتِب على ابن آدمَ نَصيبُهُ من الزِّنى، مُدرِكٌ ذلك لا محالةَ، فالعَينانِ زِناهما النَّظرُ، والأذنان زناهما الاستماعُ، واللِّسانُ زِناهُ الكلامُ، واليدُ زِناها البَطشُ، والرِّجلُ زِناها الخُطا، والقلبُ يَهوى ويَتمنَّى، ويُصدِّقُ ذلك الفَرجُ ويُكذِّبُه».

(٣) أخرجه البخاري في أبواب تقصير الصلاة، باب: كم يقصر الصلاة (١٠٣٦)، ومسلم في الحج، باب: سفر المرأة مع مَحرَمٍ إلى حَجٍّ وغيره (١٣٣٨) عن ابن عمر رضي الله عنهما أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «لا تُسافِرُ المَرأةُ ثلاثةَ أيَّامٍ إلَّا مع ذي مَحرَمٍ».

(٤) في نصب الراية (٤/ ٢٤٩): غريبٌ بهذا اللَّفظ، وقد روي من حديث ابن عمر، وجابر بن سمرة عن عمر، وعامر بن ربيعة، وليس فيه قوله: «ليس منها بسبيل»، وهو محلُّ الاستدلال.

- فحديث عمر أخرجه الترمذي في الفتن، باب: لزوم الجماعة (٢١٦٥)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٣٨٧) (٩٢١٩)، والحاكم (١/ ١٩٧) (٣٨٧) وقال: صحيح على شرطهما عن ابن عمر قال: خَطَبنا عمرُ بالجابية فقال: يا أيُّها النَّاسُ إنِّي قُمتُ فيكم كَمَقامِ رسولِ اللهِ ﷺ فينا فقال: «أوصيكم بأصحابي، ثمَّ الذين يَلونَهم، ثمَّ الذين يلونَهم، ثمَّ يَفشُوا الكَذِبَ حتَّى يَحلِفَ الرَّجلُ

ويَنظُرُ الرَّجلُ مِن مَملُوكةِ غيرِهِ إلى ما يَجوزُ أنْ يَنظُرَ إليه مِنْ ذَواتِ مَحارِمِهِ، ....

مَحرَماً، فإنِ احتاجَتْ إلى الإركابِ والإنزالِ فلا بأسَ بأنْ يَمَسَّها من وَراءِ ثيابِها، ويأخُذَ ظَهرَها وبَطنَها دونَ ما تَحتَهما إذا أمِنا الشَّهوةَ، فإنْ خافَهَا على نفسِهِ أو عليها، تَيقُّناً أو ظَنَّاً أو شكَّاً، فَليَجتَنِبْ ذلك بِجهدِهِ.

ثمَّ إن أمكَنَها الرُّكوبُ بِنَفسِها يَمتنِعُ عن ذلك أصلاً، وإنْ لم يُمكِنْها يَتكلَّفُ بالثِّياب كي لا تُصيبَهُ حَرارةُ عُضوِها، وإن لم يَجِدِ الثِّيابَ يدفَعِ الشَّهوةَ عن قَلبِهِ بِقَدرِ الإمكانِ.

قال: (ويَنظُرُ الرَّجلُ مِن مَملُوكةِ غيرِهِ إلى ما يَجوزُ أنْ يَنظُرَ إليه مِنْ ذَواتِ مَحارِمِهِ)؛ لأنَّها تَخرُجُ لِحوائجِ مَولاها، وتَخدُمُ أضيافَهُ وهي في ثيابِ مَهْنَتِها، فصار حالُها خارجَ البيتِ في حقِّ الأجانبِ كحالِ المرأةِ داخلَهُ في حقِّ مَحارِمِهِ الأقاربِ.

وكان عمرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إذا رأى جاريةً مُتَقَنِّعةً علاها[1] بالدِّرَّةِ وقال: «ألقي عنكَ الخِمارَ يا دَفارِ[2]، أتتَشَبَّهينَ بالحرائر»[3].

= ولا يُستَحلَفُ، ويَشهَدَ الشَّاهدُ ولا يُستَشهَدُ، ألا لا يَخلُوَنَّ رَجلٌ بامرأةٍ إلَّا كان ثالِثَهُما الشَّيطان، عليكم بالجماعةِ وإيَّاكم والفُرقةَ، فإنَّ الشَّيطانَ مع الواحِدِ، وهو من الاثنين أبعَدُ، مَن أرادَ بُحبُوحَةَ الجَنَّةِ فَيلزَمُ الجَماعةَ، مَنْ سَرَّتهُ حَسَنَتُهُ وساءَتْهُ سيِّئَتُهُ فذلك المُؤمِنْ»، قال أبو عيسى: هذا حديثٌ حسَنٌ صحيحٌ غريب.

– وحديث جابر بن سمرة أخرجه ابن حبان (١٢/ ٣٩٩) (٥٥٨٦).

– وحديث عامر بن ربيعة أحمد (٣/ ٤٤٦) (١٥٧٨٤).

(١) أي: ضَرَب عَلاوَتَها، وهي رأسُها، بالدِّرَّة.

(٢) يعني: يا مُنتِنة، من الدَّفَر، وهو النَّتن.

(٣) أخرج البيهقي في الكبرى، كتاب الصلاة، باب: عورة الأمة (٣٣٤٦) عن نافع أنَّ صفيَّة بنتَ أبي عُبيد حدَّثته قالت: خرجت امرأةٌ مُختمِرةٌ مُتجلبِبَةٌ، فقال عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: مَن هذه المَرأةُ؟ فقيل له: هذه جاريةٌ لفلانٍ، رجلٍ من بَنيهِ، فأرسلَ إلى حَفصَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهَا فقال: ما حَمَلَكِ على أن تُخمِّري هذه الأمةَ وتُجلبِبيها =

ولا بأسَ بأنْ يَمَسَّ ذلك إذا أراد الشِّراءَ، وإنْ خافَ أن يَشتهيَ. ....

ولا يَحِلُّ النَّظرُ إلى بَطنِها وظَهرِها، خلافاً لِما يقولُهُ محمَّدُ بنُ مُقاتِلٍ أنَّه يُباحُ إلَّا إلى ما دُونَ السُّرَّةِ إلى الرُّكبةِ؛ لأنَّه لا ضرورةَ كما في المَحارِمِ[١]، بل أولى لقلَّةِ الشَّهوةِ فيهنَّ، وكمالِها في الإماءِ.

ولفظةُ «المملوكة» تَنتظِمُ المُدبَّرةَ والمُكاتبةَ وأمَّ الولدِ لِتَحقُّقِ الحاجةِ، والمُستسعاةُ كالمُكاتبَةِ عند أبي حنيفة على ما عُرِف.

وأمَّا الخلوةُ بها[٢] والمسافَرَةُ معها[٣] فقد قيل: يُباحُ كما في المحارِمِ، وقد قيل: لا يُباحُ لعَدَمِ الضَّرورةِ فيهنَّ، وفي الإركابِ والإنزالِ اعتَبَرَ محمَّدٌ في الأصلِ الضَّرورةَ فيهنَّ، وفي ذواتِ المحارِمِ مُجرَّدَ الحاجة.

قال: (ولا بأسَ بأنْ يَمَسَّ ذلك[٤] إذا أراد الشِّراءَ، وإنْ خافَ أن يَشتهيَ)، كذا ذكَرَه في المختصر، وأطلَقَ أيضاً في الجامعِ الصَّغيرِ ولم يُفصِّل[٥].

قال مشايخنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ: يُباحُ النَّظرُ في هذه الحالة وإنِ اشتَهى لِلضَّرورةِ، ولا يُباحُ المَسُّ إذا اشتهى، أو كانَ أكبرُ رأيِهِ ذلك؛ لأنَّه نوعُ استمتاعٍ، وفي غير حالة الشِّراءِ يُباحُ النَّظرُ والمَسُّ بِشَرطِ عدمِ الشَّهوةِ.

= وتُشبِّهيها بالمُحصَناتِ حتَّى هَمَمْتُ أنْ أقَعَ بها لا أحسِبُها إلَّا من المُحصَناتِ، لا تُشبِّهُوا الإماءَ بالمُحصَنات.

(١) أي: لا ضرورة في النَّظر إلى الظَّهر والبطن من الأمة، كما لا ضرورة في المحارم. بناية.

(٢) أي: مملوكة الغير.

(٣) يعني: إذا أمِنَ بذلك على نفسِهِ وعليها فقد اختلف المشايخ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

(٤) أي: المواضع التي يجوزُ النَّظرُ إليها.

(٥) لفظ الجامع الصغير: «رجلٌ أرادَ أنْ يَشتري جاريةً، لا بأسَ بأن يَمَسَّ ساقَها وذراعيها وصَدْرَها، وينظرُ إلى صَدرِها وساقِها مَكشُوفَين» عناية.

وإذا حاضَتِ الأمةُ لم تُعرَضْ في إزارٍ واحدٍ. والخَصِيُّ في النَّظرِ إلى الأجنبيَّةِ كالفَحْلِ. ....

قال: (وإذا حاضَتِ الأمةُ لم تُعرَضْ في إزارٍ واحدٍ)، ومعناه: بَلَغَتْ، وهذا موافِقٌ لِما بيَّنَّا أنَّ الظَّهرَ والبطنَ منها عورةٌ.

وعن محمد: أنَّها إذا كانت تُشتَهَى ويُجامَعُ مِثلُها، فهي كالبالغةِ لا تُعرَضُ في إزارٍ واحدٍ لِوُجودِ الاشتهاء.

قال: (والخَصِيُّ[1] في النَّظرِ إلى الأجنبيَّةِ كالفَحْلِ) لقول عائشة رضي الله عنها: «الخِصاءُ مُثْلَةٌ»[2] فلا يُبيحُ ما كان حراماً قبلَهُ، ولأنَّه فحلٌ يُجامِعُ.

وكذا المَجبوبُ[3]؛ لأنَّه يُساحِقُ ويُنزِلُ، وكذا المُخنَّثُ في الرَّديءِ من الأفعالِ[4]؛ لأنَّه فحلٌ فاسقٌ. والحاصلُ أنَّه يُؤخَذُ فيه[5] بِمُحكمِ كتابِ اللهِ المُنزَّلِ فيه[6]،

---

(١) هو مَنزوعُ الخِصيتَين.

(٢) لم يثبت عن عائشة، وإنَّما أخرجه ابنُ أبي شيبةَ في مصنَّفه عن عباس قال: «خِصاءُ البهائمِ مُثلةٌ» ثمَّ تلا قوله تعالى: ﴿وَلَآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ ٱللَّهِ﴾ [النِّساء: ١١٩]. وأخرجه عبد الرزَّاق في مصنَّفه عن مجاهد وعن شهر بن حوشب «الخصاء مثلةٌ». نصب الراية

(٣) وهو مقطوع الذَّكر والخِصيتين. بناية.

(٤) يعني: مَن يُمكِّنُ غيرَهُ من نفسِهِ، احترازاً عن المُخنَّثِ الذي في أعضائه لِينٌ وتكسُّرٌ بأصلِ الخِلقةِ، ولا يَشتهي النِّساءَ فإنَّه رَخَّصَ بعضُ مشايخنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ في تَركِ مِثلِهِ مع النِّساءِ استدلالاً بقوله تعالى: ﴿أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُو۟لِى ٱلْإِرْبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ﴾ [النُّور: ٣١]، وقيل: هو المُخنَّثُ الذي لا يشتهي النِّساءَ. عناية.

(٥) أي: في المخنَّث.

(٦) وهو قوله تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا۟ مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ﴾ [النُّور: ٣٠]، وهذا مُحكَمٌ، وقوله تعالى: ﴿ٱلتَّٰبِعِينَ غَيْرِ أُو۟لِى ٱلْإِرْبَةِ﴾ [النُّور: ٣١] متشابه، فيؤخذ بالمُحكَمِ دونَ المُتشابهِ.
ويدلُّ على صحَّة هذا ما أخرجه البخاري في المغازي، باب: غزو الطائف (٤٠٦٩)، ومسلم في السلام، باب: منع المخنث من الدخول على النساء الأجانب (٢١٨٠) عن زينب بنتِ أبي سلمة عن أمِّها أمِّ سلمة رضي الله عنها: دخل النَّبيُّ ﷺ وعندي مُخنَّثٌ فَسَمِعَه يقولُ لعبدِ اللهِ بنِ أميَّة: يا عبدَ الله =

ولا يَجوزُ لِلمَملُوكِ أنْ يَنظُرَ مِنْ سيِّدَتِهِ إلَّا ما يَجوزُ لِلأجنبيِّ النَّظرُ إليه منها. ويَعزِلُ عن أمَتِهِ بِغَيرِ إذنِها، ولا يَعزِلُ عن زَوجتِهِ إلَّا بإذنِها.

والطِّفلُ الصَّغيرُ مُستثنى بالنَّصِّ[1].

قال: (ولا يَجوزُ لِلمَملُوكِ أنْ يَنظُرَ مِنْ سيِّدَتِهِ إلَّا ما يَجوزُ لِلأجنبيِّ النَّظرُ إليه منها).

وقال مالكٌ[2]: هو كالمَحرَم، وهو أحدُ قولي الشَّافعيِّ[3] لقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُنَّ﴾ [النُّور: ٣١]، ولأنَّ الحاجةَ متحقِّقةٌ لدخولِهِ عليها من غيرِ استئذانٍ.

ولنا: أنَّه فَحْلٌ غيرُ مَحرَمٍ ولا زَوجٍ، والشَّهوةُ مُتحقِّقةٌ لِجَوازِ النِّكاحِ في الجملةِ، والحاجةُ قاصرةٌ؛ لأنَّه يعملُ خارجَ البيتِ.

والمرادُ بالنَّصِّ الإماءُ، قال سعيدٌ والحسنُ وغيرُهما: لا تَغرَّنَّكم سورةُ النُّورِ، فإنَّها في الإناثِ دونَ الذُّكورِ.

قال: (ويَعزِلُ عن أمَتِهِ بِغَيرِ إذنِها، ولا يَعزِلُ عن زَوجتِهِ إلَّا بإذنِها)؛ لأنَّه ﷺ «نهى عن العَزلِ عن الحُرَّةِ إلَّا بإذنِها»[4]، وقال لمولى أمةٍ: «اعزِلْ عنها إنْ

= أرأيتَ إن فتحَ اللهُ عليكم الطَّائفَ غداً، فعليك بابنةِ غيلان؛ فإنَّها تُقبل بأربعٍ وتُدبرُ بِثمانٍ، وقال النَّبيُّ ﷺ: «لا يدخلَنَّ هؤلاء عليكنَّ».

(١) وهو قوله تعالى: ﴿أَوِ ٱلطِّفْلِ ٱلَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا۟ عَلَىٰ عَوْرَٰتِ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النُّور: ٣١] أي: لم يَطَّلِعوا، أي: لا يَعرِفون العورةَ، ولا يُميِّزون بينها وبين غيرها. عناية.

(٢) انظر مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٢/ ٥٢٢ - ٥٢٣) ط دار الفكر.

(٣) قال في مغني المحتاج (٣/ ١٦٨) ط دار الفكر: والأصحُّ (أنَّ نظرَ العبدِ) الفَحلِ العفيفِ - كما قاله البغوي وغيره - غيرِ المُبعَّض والمُشترَكِ والمكاتب (إلى سيِّدتِهِ) العفيفةِ، كما قاله الواحدي وغيره (و) أنَّ (نظَرَ مَمسُوحٍ) إلى أجنبيَّةٍ، سواءٌ أكان حرّاً أم لا، وهو ذاهبُ الذَّكرِ والأنثيين (كالنَّظرِ إلى مَحرَمٍ)، فَيحلُّ نظرُهما بلا شهوةٍ نَظَرَ المَحرَم. اهـ.

(٤) أخرج ابن ماجة في النكاح، باب: العزل (١٩٢٨) عن عمر بن الخطاب قال: نهى رسولُ اللهِ ﷺ أن يَعزِلَ عن الحُرَّةِ إلَّا بإذنها.

شِئتَ[1]»، ولأنَّ الوطءَ حقُّ الحرَّةِ قضاءً لِلشَّهوةِ وتحصيلاً للولدِ، ولهذا تُخيَّرُ في الجَبِّ والعِنَّةِ، ولا حَقَّ للأمةِ في الوطءِ، فلهذا لا يَنقُصُ حقُّ الحرَّةِ بغيرِ إذنها، ويَستبِدُّ به المولى، ولو كان تحتَهُ أمةُ غيرِهِ فقد ذكرناه في النِّكاح.

(١) أخرج مسلم في النكاح، باب: العزل (١٤٣٩) عن جابر أنَّ رجلاً أتى رسولَ اللهِ ﷺ فقال: إنَّ لي جاريةً هي خادِمُنا وسانِيتُنا، وأنا أطوفُ عليها، وأنا أكره أن تَحمِلُ، فقال: «اعزِلْ عنها إن شئتَ؛ فإنَّه سيأتيها ما قُدِّرَ لها» فلبَثَ الرَّجلُ ثمَّ أتاه فقال: إنَّ الجارية قد حَبِلَت، فقال: «قد أخبرتُكَ أنَّه سيأتيها ما قُدِّرَ لها».
قوله: «وسانِيَتُنا» أي: التي تَسقي لنا، شبَّهَها بالبعير في ذلك.

فصل في الاستبراء وغيره

ومَنِ اشترى جاريةً فإنَّه لا يَقْرَبُها ولا يَلْمَسُها ولا يُقبِّلُها ولا يَنظُرُ إلى فَرجِها بِشَهوةٍ حتَّى يَستبرِئَها، ....

(فصل في الاستبراء وغيره)

قال: (ومَنِ اشترى جاريةً فإنَّه لا يَقْرَبُها ولا يَلْمَسُها ولا يُقبِّلُها ولا يَنظُرُ إلى فَرجِها بِشَهوةٍ حتَّى يَستبرِئَها).

والأصلُ فيه قولُهُ ﷺ في سَبايا أوطاس: «ألا لا تُوطأ الحَبالَى حتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ، ولا الحَيالَى حتَّى يُستبرأن بِحَيضةٍ[1]»، أفاد وجوبَ الاستبراءِ على المولى، ودلَّ على السَّببِ في المَسبِيَّةِ، وهو استحداثُ المِلكِ واليدِ؛ لأنَّه هو الموجودُ في مَورِدِ النَّصِّ، وهذا لأنَّ الحكمةَ فيه التَّعرُّفُ عن بَراءةِ الرَّحمِ صيانةً للمياهِ المُحتَرَمةِ عن الاختلاطِ، والأنسابِ عن الاشتباهِ، وذلك عندَ حقيقةِ الشَّغلِ أو تَوهُّمِ الشَّغلِ بماءٍ مُحتَرَمٍ، وهو أن يكونَ الولدُ ثابتَ النَّسَبِ.

ويجبُ على المشتري لا على البائع؛ لأنَّ العِلَّةَ الحقيقيَّةَ إرادةُ الوطءِ، والمُشتري هو الذي يُريدُهُ دونَ البائع، فيجب عليه، غيرَ أنَّ الإرادةَ أمرٌ مبطَّنٌ فَيُدارُ الحكمُ على دليلِها، وهو التَّمكُّنُ من الوطءِ، والتَّمكُّنُ إنَّما يَثبُتُ بالمِلكِ واليدِ، فانتَصَبَ سبباً، وأدير الحُكمُ عليه تيسيراً، فكان السَّببُ استحداثَ مِلكِ الرَّقبةِ المُؤكَّدِ باليدِ، وتعدِّي الحكمِ إلى سائر أسبابِ المِلكِ، كالشِّراءِ والهبةِ والوصيَّةِ والميراثِ والخُلعِ والكتابة وغير ذلك.

وكذا يَجِبُ على المشتري من مالِ الصَّبيِّ[2]، ....

---

(١) أخرج أبو داود في النكاح، باب: في وطء السَّبايا (٢١٥٧)، والحاكم (٢/ ٢١٢) (٢٧٩٠) وقال صحيح على شرط مسلم، عن أبي سعيد الخدري ورفعه أنَّه قال في سبايا أوطاس: «لا تُوطأ حاملٌ حتَّى تضَعَ، ولا غيرُ ذاتِ حَملٍ حتَّى تحيض حيضةً».

(٢) يعني: إذا باع أبُ الصَّبيِّ أو وصيُّهُ جاريةَ الصَّبيِّ، فإنَّه يجب على المشتري الاستبراءُ.

ومن المرأةِ[١]، والمَملُوكِ[٢]، ومِمَّنْ لا يَحِلُّ له[٣] وَطؤُها[٤]، وكذا إذا كانتِ المُشتراةُ بِكراً لم تُوطأ؛ لِتحقُّقِ السَّببِ[٥]، وإدارةُ الأحكامِ على الأسبابِ دُونَ الحِكَمِ[٦] لِبُطونِها، فيُعتَبَرُ تَحقُّقُ السَّببِ عندَ تَوهُّمِ الشَّغلِ[٧].

وكذا لا يَجتزِأ بالحَيضةِ التي اشتراها في أثنائها، ولا بالحيضةِ التي حاضَتْها بعدَ الشِّراءِ أو غيرِهِ من أسبابِ المِلْكِ[٨] قبلَ القَبضِ، ولا بالولادةِ الحاصلةِ بعدَها قبلَ

---

(١) أي: وكذا يجب الاستبراءُ على المشتري من المرأة.

(٢) أي: يجبُ الاستبراءُ إذا اشترى الجاريةَ من العبدِ المأذونِ وعليه دينٌ مُستغرِقٌ استحساناً. بيانُهُ فيما قال الإمامُ الإسبيجابي في شرحِ الطَّحاوي: وإن اشترى جاريةً من عبدِهِ المأذونِ، فإنَّه يَنظرُ إن لم يكنْ على العبدِ دَينٌ أو عليه دينٌ غيرُ مُستغرِقٍ، فليس عليه أن يَستبرئها؛ لأنَّ مِلكَ عبدِهِ له، وله أن يَجتزِئ بالحيضة التي حاضت عند العبد، وإن كان العبدُ عليه دَينٌ مُستغرِقٌ رقَبَتَه وما في يدِهِ من الكسبِ، فعليه أن يَستبرِئها في قولِ أبي حنيفة، وفي قولهما لا يجبُ عليه الاستبراءُ؛ لأنَّ من أصلِ أبي حنيفة أنَّ العبدَ إن كان عليه دَينٌ مُستغرِقٌ فالمولى لا يَملِكُ أكسابَهُ، وعندهما: يَملِكُ. ولو اشترى من مُكاتَبِهِ فعليه الاستبراءُ؛ لأنَّه لا يَملِكُ مَكاسِبَ مكاتَبِهِ، ولو اشترى من ابنِهِ الصَّغيرِ وَجَبَ عليه الاستبراءُ كذا في شرح الطَّحاوي. اهـ. أتقاني على تبيين الحقائق.

(٣) أي: للبائع.

(٤) أي: بأن كانت الجارية أختَ البائعِ من الرَّضاع، أو كان البائع قد وطئ أمَّها، أو كان أبو البائع قد وطئها، أو كان ابن البائع قد وطئها.

(٥) وهو استحداثُ المِلكِ.

(٦) يعني: أنَّ العِلَّةَ في وُجوبِ الاستبراءِ استحداثُ مِلكِ اليمينِ واليَدِ، والحِكمةُ التَّعرُّف على براءةِ الرَّحِمِ، وقد وُجِدَتِ العِلَّةُ في هذه الصُّورِ، أي: في المُشتراة من مالِ الصَّبيِّ، ومن المرأةِ، وفي المشتراةِ البِكْرِ، فَيَثبُتُ الحُكمُ معها أيضاً، وهو وجوبُ الاستبراءِ، وإن لم توجدِ الحِكمةُ؛ لأنَّ الصَّبيَّ لا ماءَ له، والمرأةَ لا تَطأ، والبِكرَ ليست بِمَوطوءةٍ؛ لأنَّ الحُكمَ يدورُ مع العِلَّةِ، ولا يدورُ مع الحكمةِ.

(٧) أي: وإن لم تُوجَدْ حقيقةُ الشَّغلِ. فإن قيل: كيف يُتصوَّر تَوهُّمُ الشَّغلِ في الصُّورِ الثَّلاث؟ أجيب: يَحتمِلُ أن تكونَ جاريةُ الصَّبيِّ أو المرأةِ مَوطوءةً بِشُبهةٍ، فَيَثبُتُ النَّسَبُ من الواطئ، فَيَثبُتُ توهُّمُ الشَّغلِ، وأمَّا البِكرُ فإنَّ الرَّجلَ قد يُجامِعُها فَيسبِقُ الماءُ، فَتَحبَلُ مع بقاءِ البَكارةِ، فَيَثبُتُ تَوهُّمُ الشَّغلِ أيضاً بهذا الطَّريق. اهـ أتقاني على تبيين الحقائق.

(٨) كالهبةِ والصَّدَقةِ والوصيَّةِ والإرثِ.

ويَجِبُ في جاريةٍ للمشتري فيها شِقصٌ فاشترى الباقي. ولا يَجِبُ الاستبراءُ إذا رَجَعَتِ الآبِقَةُ، أو رُدَّتِ المَغصوبةُ، أو المُؤاجَرَةُ، أو فُكَّتِ المَرهونةُ.

القبضِ، خلافاً لأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنَّ السَّببَ استحداثُ المِلْكِ واليدِ، والحُكمُ لا يَسبِقُ السَّببَ.

وكذا لا يَجتزأ بالحاصِلِ قبلَ الإجازةِ في بَيعِ الفُضوليِّ وإنْ كانت في يدِ المشتري، ولا بالحاصل بعدَ القبضِ في الشِّراءِ الفاسدِ قبلَ أن يَشتريَها شراءً صحيحاً لِما قلنا[١].

(ويَجِبُ في جاريةٍ للمشتري فيها شِقصٌ فاشترى الباقي)؛ لأنَّ السَّببَ قد تَمَّ لآن، والحُكمُ يُضافُ إلى تمامِ العِلَّةِ.

ويَجتزأ بالحيضةِ التي حاضَتْها بعد القبضِ وهي مَجوسيَّةٌ[٢]، أو مُكاتَبَةٌ بأن كاتَبَها بعد الشِّراءِ، ثمَّ أسلَمَتِ المجوسيَّةُ، أو عَجزتِ المُكاتَبَةُ[٣]؛ لِوُجودِها بعد السَّببِ، وهو استحداثُ المِلكِ واليدِ، إذ هو مُقتَضٍ للحِلِّ، والحرمةُ لِمانعٍ[٤]، كما في حالة الحيض[٥].

(ولا يَجِبُ الاستبراءُ إذا رَجَعَتِ الآبِقَةُ، أو رُدَّتِ المَغصوبةُ، أو المُؤاجَرَةُ، أو فُكَّتِ المَرهونةُ)؛ لانعدامِ السَّببِ وهو استحداثُ المِلكِ واليدِ، وهو سببٌ مُتعيِّنٌ، فأُدِيرَ الحُكمُ عليه وُجوداً وعَدَماً، ولها نظائرُ كثيرةٌ كتبناها في كفاية المنتهي.

---

(١) أشار به إلى قوله: «ولأنَّ السَّبب استحداثُ الملك ...».

(٢) أي: يُكتفَى بالحيضة التي رأتها الأمةُ بعدَ قبضِ المشتري والحالُ أنَّها مجوسيَّة. بناية.

(٣) صورته: اشترى رجلٌ أمةً مجوسيَّةً فحاضت عنده في مجوسيَّتها حيضةً، ثمَّ أسلمت، أجزأت تلك الحيضةُ في الاستبراء. أو اشترى أمةً مسلمةً فكاتبها قبل أن تُستبرأ، ثمَّ حاضت في حال كتابتها، ثمَّ عَجزت عن الكتابةِ ورُدَّت إلى الرِّقِّ، أجزأت تلك الحيضةُ عن الاستبراء. بناية.

(٤) أي: والحرمةُ كانت لمانعٍ، وهو التَّمجُّسُ أو المكاتبةُ.

(٥) أي: كما أنَّ الحرمةَ في حالة الحيضِ لمانعٍ، وهو الحيض.

والاستبراءُ في الحامِلِ بِوَضْعِ الحَمْلِ، وفي ذواتِ الأشهرِ بالشَّهرِ، ....

وإذا ثبَتَ وُجوبُ الاستبراءِ وحُرمةُ الوطءِ، حَرُمَ الدَّواعي لإفضائها إليه، أو لاحتمالِ وُقوعِها في غيرِ المِلْكِ على اعتبارِ ظُهورِ الحَبَلِ ودَعوةِ البائعِ.

بخلافِ الحائضِ، حيثُ لا تَحرُمُ الدَّواعي فيها؛ لأنَّه لا يَحتمِلُ الوقوعُ في غيرِ المِلْكِ، ولأنَّه زمانُ نُفرةٍ، فالإطلاقُ في الدَّواعي لا يُفضي إلى الوطءِ. والرَّغبةُ في المشتراةِ قبلَ الدُّخولِ أصدقُ الرَّغباتِ فَتُفضي إليه.

ولم يَذكُرِ[1] الدَّواعي في المَسبيَّةِ، وعن محمَّد أنَّها لا تَحرُمُ؛ لأنَّها لا يَحتمِلُ وُقوعُها في غيرِ المِلْكِ؛ لأنَّه لو ظَهَرَ بها حَبَلٌ لا تصحُّ دعوةُ الحربيِّ، بخلافِ المُشتراةِ على ما بيَّنَّا[2].

(والاستبراءُ في الحامِلِ بِوَضْعِ الحَمْلِ)؛ لِما روينا[3] (وفي ذواتِ الأشهرِ بالشَّهرِ[4])؛ لأنَّه أُقيمَ في حَقِّهنَّ مُقامَ الحيضِ كما في المُعتدَّةِ[5]، وإذا حاضتْ في أثنائِهِ بطَلَ الاستبراءُ بالأيَّامِ؛ للقدرةِ على الأصلِ قبلَ حُصولِ المَقصودِ بالبدَلِ، كما في المعتدَّةِ[6].

فإنِ ارتفَعَ حيضُها[7] تَرَكَها، حتَّى إذا تبيَّنَ أنَّها ليست بحاملٍ وقَعَ عليها، وليس فيه تقديرٌ في ظاهر الرِّوايةِ. وقيل: يَتبيَّنُ بشهرين أو ثلاثةٍ.

---

(١) يعني: في ظاهر الرِّواية.

(٢) أشار إلى قوله: «والرَّغبةُ في المشتراة أصدقُ الرَّغبات».

(٣) أي: من قوله ﷺ: «لا تُوطأ الحبالى حتَّى تضَعَ»، انظر ص (٢٤٨) ت (١).

(٤) كالآيسة والصَّغيرة.

(٥) أي: كما أنَّ الشَّهر يقومُ مقامَ الحيضِ في حقِّ المعتدَّةِ إذا كانت من ذواتِ الأشهر. بناية.

(٦) أي: كما في المرأةِ إذا كانت عدَّتُها بالأشهر، فرأت الدَّمَ في خلالِها، يجبُ عليها الاعتدادُ بالحيض. بناية.

(٧) أي: بأن صارت ممتدَّةَ الطُّهر.

ولا بأسَ بالاحتيالِ لإسقاطِ الاستبراءِ عند أبي يوسفَ، خلافاً لمحمَّدٍ. ....

وعن محمَّد: أربعةُ أشهرٍ وعشَرَةُ أيَّامٍ، وعنه: شهرانِ وخمسةُ أيَّامٍ اعتباراً بعِدَّةِ الحُرَّةِ والأمةِ في الوفاة.

وعن زفر: سنتان، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة.

قال: (ولا بأسَ بالاحتيالِ لإسقاطِ الاستبراءِ عند أبي يوسفَ، خلافاً لمحمَّدٍ)، وقد ذكرنا الوَجهينِ في الشُّفعةِ، والمأخوذُ قولُ أبي يوسف فيما إذا عَلِمَ أنَّ البائعَ لم يَقرَبْها في طُهرِها ذلك، وقولُ محمَّد فيما إذا قرِبَها.

والحيلةُ إذا لم يكن تحتَ المشتري حرَّةٌ أن يَتزَوَّجَها قبلَ الشِّراءِ، ثمَّ يَشتريها[1]، ولو كانت[2] فالحيلةُ أن يُزوِّجَها البائعُ قبلَ الشِّراءِ أو المشتري قبلَ القَبضِ مِمَّنْ يُوثَقُ به، ثمَّ يَشتريها ويَقبِضُها، أو يقبِضَها[3]، ثمَّ يُطلِّقُ الزَّوجُ[4]؛ لأنَّ عندَ وُجودِ السَّببِ - وهو استحداثُ المِلكِ المُؤكَّدِ بالقَبضِ - إذا لم يكن فَرجُها حَلالاً له، لا يَجِبُ الاستبراءُ وإنْ حَلَّ بعد ذلك؛ لأنَّ المُعتَبَرَ أوانُ وُجودِ السَّببِ، كما إذا كانت معتدَّةَ الغيرِ[5].

(١) فيبطلُ النِّكاحُ ويحلُّ له الوطءُ من ساعتِهِ، ويسقطُ الاستبراءُ.

(٢) أي: ولو كانت تحته حرَّةٌ.

(٣) لفٌّ ونَشْرٌ، يعني: يَشتريها ويَقبِضُها إذا زَوَّجَها البائعُ، أو يَقبِضُها إذا زوَّجها المُشتري قبلَ القبضِ. وقيَّد بقوله: «مِمَّن يُوثَقُ به»؛ لأنَّه إذا لم يُوثَقْ به، ربَّما لا يُطلِّقُها، فكان احتيالاً عليه لا له، لذا الاحتياطُ أن يزوِّجَها على أن يكونَ أمرُها بيدِهِ يُطلِّقُها متى شاء.

(٤) يعني: بعدَ القبضِ؛ لأنَّه إن طلَّقها قبلَهُ كان على المشتري الاستبراءُ إذا قَبَضَها في أصحِّ الرِّوايتين عن محمد رحمه الله؛ لأنَّه إذا طلَّقها قبلَ القبضِ، فإذا قَبَضَها - والقبضُ بِحُكمِ العقدِ بمنزلةِ العقدِ - صار كأنَّه اشتراها في هذه الحالة، وليست في نكاحٍ ولا عدَّةٍ، فَيَلزَمُه الاستبراءُ. عناية.

(٥) يعني: إذا اشترى أمةً معتدَّةً وقبَضَها، وانقضت عدَّتُها بعد القبضِ، لا يجب الاستبراءُ؛ لأنَّ عند استحداثِ المِلكِ المُؤكَّدِ بالقَبضِ لم يكن فَرْجُها حلالاً للمشتري، فلمَّا لم يجب وقتَ الاستحداثِ، لم يَجِبْ بعدَهُ لعَدَمِ تجدُّدِ السَّببِ. عناية.

ولا يَقرُبُ المُظاهِرُ، ولا يَلمَسُ، ولا يُقبِّلُ ولا يَنظُرُ إلى فَرجِها بِشَهوةٍ حتَّى يُكفِّرَ. ومَنْ له أمتانِ أختانِ فَقبَّلَهما بِشَهوةٍ، فإنَّه لا يُجامِعُ واحدةً منهما، ولا يُقبِّلُها، ولا يَمَسُّها بِشَهوةٍ، ولا يَنظُرُ إلى فَرجِها بِشَهوةٍ حتَّى يَملِكَ فَرْجَ الأخرى غيرُهُ بِمِلكٍ أو نكاحٍ أو يُعتِقَها. ....

قال: (ولا يَقرُبُ المُظاهِرُ، ولا يَلمَسُ، ولا يُقبِّلُ ولا يَنظُرُ إلى فَرجِها بِشَهوةٍ حتَّى يُكفِّرَ)؛ لأنَّه لمَّا حَرُمَ الوطءُ إلى أن يُكفِّرَ حَرُمَ الدَّواعي؛ للإفضاء إليه؛ لأنَّ الأصلَ أنَّ سببَ الحَرامِ حرامٌ، كما في الاعتكاف والإحرام وفي المنكوحة إذا وُطِئت بِشُبهةٍ.

بخلافِ حالةِ الحيضِ والصَّومِ[1]؛ لأنَّ الحيضَ يَمتدُّ شَطْرَ عُمرِها، والصَّومَ يمتدُّ شهراً فَرْضاً وأكثَرَ العُمرِ نفلاً، ففي المَنعِ عنها بعضُ الحَرجِ، ولا كذلك ما عددناها لِقُصورِ مُدَدِها.

وقد صَحَّ أنَّ النَّبيَّ ﷺ «كان يُقبِّلُ وهو صائمٌ[2]»، و«يُضاجِعُ نساءَهُ وهُنَّ حُيَّض»[3].

قال: (ومَنْ له أمتانِ أختانِ فَقبَّلَهما بِشَهوةٍ، فإنَّه لا يُجامِعُ واحدةً منهما، ولا يُقبِّلُها، ولا يَمَسُّها بِشَهوةٍ، ولا يَنظُرُ إلى فَرجِها بِشَهوةٍ حتَّى يَملِكَ فَرْجَ الأخرى غيرُهُ بِمِلكٍ أو نكاحٍ أو يُعتِقَها).

---

(١) فإنَّه يحرمُ الوطءُ فيهما، ولا يَحرمُ الدَّواعي، لكن في الصَّوم شريطةَ أن يأمنَ على نفسِهِ وعليها. بناية.

(٢) أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في الصوم، باب: المباشرة للصائم (١٨٢٦)، ومسلم في الصيام، باب: بيان أنَّ القبلةَ في الصوم ليست محرمة على من لم تحرِّك شهوته (١١٠٦)، واللَّفظُ له: عن عائشة رضي الله عنها قالت: كان رسولُ الله ﷺ يُقبِّلُ وهو صائمٌ، ويُباشرُ وهو صائمٌ، ولكنَّه أملَكَكُم لإربِهِ.

(٣) أخرجه الأئمَّة السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في الحيض، باب: مباشرة الحائض (٢٩٦)، ومسلم في الحيض، باب: مباشرة الحائض فوق الإزار (٢٩٣) عن عائشة قالت: كانت إحدانا إذا كانت حائضاً فأراد رسولُ اللهِ ﷺ أن يُباشِرَها أمرَها أن تتَّزِرَ في فَورِ حَيضتِها، ثمَّ يُباشِرُها. قالت: وأيُّكُم يَملِكُ إربَهُ كما كان النَّبيُّ ﷺ يَملِكُ إربَهُ.

وأصلُ هذا أنَّ الجَمْعَ بين الأختينِ المَملُوكَتَينِ لا يجوزُ وَطئاً؛ لإطلاقِ قولِهِ تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النِّساء: ٢٣]، ولا يُعارَضُ بقولِهِ تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النِّساء: ٣]؛ لأنَّ التَّرجيحَ لِلمُحرِّمِ، وكذا لا يَجوزُ الجَمعُ بينهما في الدَّواعي لإطلاق النَّصِّ، ولأنَّ الدَّواعي إلى الوَطءِ بمنزلةِ الوَطءِ في التَّحريمِ على ما مهَّدناه من قبلُ[1]، فإذا قبَّلَهما فكأنَّه وَطِأهما، ولو وَطِأهما فليس له أن يُجامِعَ إحداهما، ولا أن يأتيَ بالدَّواعي فيهما، فكذا إذا قبَّلَهما، وكذا إذا مَسَّهما بشهوةٍ، أو نَظَرَ إلى فرجَيهِما بشهوةٍ؛ لِما بيَّنَّا[2]، إلَّا أن يَملِكَ فَرْجَ الأخرى غيرُهُ بِملكٍ أو نكاحٍ أو يَعتِقَها؛ لأنَّه لمَّا حرَّم عليه فَرْجَها لم يَبْقَ جامعاً.

وقوله: «بملك» أرادَ به مِلكَ يَمينٍ، فَيَنتظِمُ التَّمليكُ بسائرِ أسبابِهِ، بيعاً أو غيره. وتَمليكُ الشِّقصِ فيه كَتمليكِ الكُلِّ؛ لأنَّ الوطءَ يَحرُمُ به، وكذا إعتاقُ البعضِ من إحداهما كإعتاقِ كلِّها، وكذا الكتابةُ كالإعتاقِ في هذا؛ لِثُبوتِ حُرمةِ الوَطءِ بذلك كلِّهِ.

وبرَهنِ إحداهما وإجارَتِها وتَدبيرِها لا تَحِلُّ الأخرى؛ ألا يُرى أنَّها لا تَخرُجُ بها عن مِلكِهِ.

وقوله: «أو نكاح» أراد به النِّكاحَ الصَّحيحَ. أمَّا إذا زَوَّجَ إحداهما نكاحاً فاسداً لا يُباحُ له وَطءُ الأخرى، إلَّا أن يَدخُلَ الزَّوجُ بها فيه؛ لأنَّه تَجِبُ العِدَّةُ عليها، والعِدَّةُ كالنِّكاحِ الصَّحيحِ في التَّحريم.

ولو وَطِئَ إحداهما حَلَّ له وَطءُ المَوطوءةِ دونَ الأخرى؛ لأنَّه يَصيرُ جامعاً بِوَطءِ الأخرى، لا بِوَطءِ المَوطوءةِ.

وكلُّ امرأتينِ لا يَجوزُ الجَمعُ بينهما نكاحاً فيما ذكرناه، بِمَنزلةِ الأختين.

---

(١) أشار به إلى قوله: «أنَّ سببَ الحرامِ حرامٌ». بناية.

(٢) أشار إلى قوله: «لأنَّ الدَّواعي إلى الوَطء بمنزلة الوطء». بناية.

ويُكرَهُ أنْ يُقَبِّلَ الرَّجلُ فَمَ الرَّجلِ، أو يَدَهُ، أو شيئاً منه، أو يُعانِقَهُ، ....

قال: (ويُكرَهُ أنْ يُقَبِّلَ الرَّجلُ فَمَ الرَّجلِ، أو يَدَهُ، أو شيئاً منه، أو يُعانِقَهُ)، وذَكَر الطَّحاويُّ أنَّ هذا قولُ أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا بأس بالتَّقبيلِ والمُعانقَةِ؛ لِما روي أنَّ النَّبيَّ ﷺ «عانَقَ جعفراً رضي الله عنه حين قَدِمَ من الحبشةِ، وقبَّلَ بين عينيهِ»[1].

ولهما: ما رُوي أنَّ النَّبيَّ ﷺ «نهى عن المُكامَعَةِ» وهي المُعانقةُ، «وعن المُكاعَمَةِ[2]».

---

(١) روي من حديث: عبد الله بن عمر، وجابر، وأبي جحيفة.

- أمَّا حديث عبد الله بن عمر فأخرجه الحاكم (١/ ٤٦٤) (١١٩٦) قال: وجَّه رسولُ اللهِ ﷺ جعفرَ بنَ أبي طالب إلى بلادِ الحبشةِ، فلمَّا قَدِمَ اعتَنَقَه وقبَّلَ بين عَينَيهِ، ثمَّ قال: ألا أهَبُ لكَ، ألا أُبشِّرُكَ، ألا أمنَحُكَ، ألا أُتحِفُكَ؟» قال: نعم يا رسول الله، قال: تُصلِّي أربعَ ركَعاتٍ، تَقرأُ في كلِّ ركعةٍ بالحمد وسورةٍ، ثمَّ تقولُ بعد القراءةِ وأنتَ قائمٌ قبلَ الرُّكوعِ: سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله واللهُ أكبرُ ولا حولَ ولا قوَّةَ إلَّا بالله، خَمْسَ عشرةَ مرَّةً، ثمَّ تَركعُ فتَقولُهُنَّ عشراً تَمامَ هذه الرَّكعةِ قبلَ أن تَبتَدِئَ بالرَّكعةِ الثَّانيةِ، تفعلُ في الثَّلاثِ رَكعاتٍ كما وَصَفْتُ لك، حتَّى تُتِمَّ أربعَ رَكعاتٍ».

وقال: هذا إسنادٌ صحيحٌ لا غُبارَ عليه، ومِمَّا يُستدَلُّ به على صحَّةِ هذا الحديثِ استعمالُ الأئمَّةِ من أتباعِ التَّابعينَ إلى عَصرِنا هذا إيَّاه، ومُواظَبَتُهُم عليه وتَعليمُهُنَّ النَّاسَ، منهم عبد الله بن المبارك رحمة الله عليه.

- وحديث جابر أخرجه الحاكم أيضاً (٣/ ٢٣٣) (٤٩٤١)، والبيهقيُّ في دلائل النبوَّةِ، في باب غزوة خيبر، قال: وفي إسناده إلى الثَّوريِّ مَن لا يُعرف.

- وحديث أبي جحفة أخرجه الطبراني في الأوسط (٢/ ٢٨٧) (٢٠٠٣)، والصغير (١/ ٤٠) (٣٠)، والكبير (٢٢/ ١٠٠) (١٨٠٩٥).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنَّفه، كتاب النكاح، باب: مباشرة الرجل الرجل، والمرأة المرأة (١٧٥٩٧) عن أبي ريحانة صاحبِ النَّبيِّ ﷺ قال: كان رسولُ الله ﷺ يَنهى عن مُعاكَمَةِ أو مُكاعَمةِ المرأةِ المراةَ ليس بينهما شيءٌ، ومُعاكَمَةِ أو مُكاعَمةِ الرَّجلِ الرَّجلَ في شِعارٍ ليس بينهما شيءٌ.

قال أبو عبيد: «المُكاعمةُ» أن يلثَمَ الرَّجلُ فاهَ صاحبِهِ، مأخوذٌ من «كعام» البعير، وهي أن يُشدَّ فاهُ إذا هاجَ، والمكاعمةُ أن يُضاجعَ الرَّجلُ صاحبَهُ في ثوبٍ واحدٍ، ولذلك قيل لزوجِ المرأة: كميع.

ولا بأسَ بالمُصافَحَةِ.

وما رواهُ مَحمولٌ على ما قَبلَ التَّحريمِ.

قالوا: الخلافُ في المُعانقَةِ في إزارٍ واحدٍ، أمَّا إذا كان عليه قميصٌ أو جُبَّةٌ، فلا بأس بها بالإجماع، وهو الصَّحيح.

قال: (ولا بأسَ بالمُصافَحَةِ)؛ لأنَّه هو المُتوارَثُ، وقال ﷺ: «مَن صافَحَ أخاهُ المسلمَ وحَرَّكَ يدَهُ تَناثَرتْ ذُنوبُهُ»[1].

= وأخرج أبو داود في اللباس، باب: من كرهه (٤٠٤٩)، والنسائي في الزينة، باب: كراهية النتف (٥٠٩١) عن أبي ريحانة قال: نهى رسولُ اللهِ ﷺ عن عَشرٍ: عن الوَشرِ، والوَشْمِ، والنَّتفِ، وعن مُكامَعةِ الرَّجلِ الرَّجلَ بغير شِعارٍ، وعن مُكامَعَةِ المرأةِ المرأةَ بغيرِ شِعارٍ، وأن يَجعَلَ الرَّجلُ أسفَلَ ثيابِهِ حريراً، مِثلَ الأعاجمِ، وأن يَجعَلَ على مَنكِبَيهِ حريراً، وعن النُّهبى، وعن رُكوبِ النُّمورِ ولُبُوسِ الخَاتمِ إلَّا لذي سلطان».

هذا وقد أخرج الترمذي في الاستئذان، باب: المصافحة (٢٧٢٨) عن أنس بن مالك قال: قال رجلٌ: يا رسولَ اللهِ، الرَّجلُ منَّا يَلقى أخاه أو صديقَهُ أينحني له؟ قال: «لا»، قال: أفيلتَزِمُهُ ويُقبِّلُه؟ قال: «لا»، قال: أفيأخُذُ بيدِهِ ويُصافِحُهُ؟، قال: «نعم». قال أبو عيسى: هذا حديث حسن.

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط (١/ ٨٤) (٢٤٥) عن حذيفة بنِ اليمانِ عن النَّبيِّ ﷺ قال: «إنَّ المؤمنَ إذا لَقِيَ المُؤمنَ فَسَلَّمَ عليه وأخَذَ بِيَدِهِ فَصافَحَهُ، تَناثَرَتْ خَطاياهما كما يَتناثَرُ وَرَقُ الشَّجرِ».

فصل في البيع

ولا بأسَ بِبَيعِ السِّرقينِ، ويُكرَهُ بَيْعُ العَذِرَةِ. ومَنْ عَلِمَ بِجاريةٍ أنَّها لِرَجلٍ، فَرأى آخَرَ يَبيعُها وقال: «وكَّلَنِي صاحِبُها بِبَيعِها» فإنَّه يَسَعُهُ أنَّه يَبتاعُها ويَطَؤُها. ....

(فصل في البيع)

قال: (ولا بأسَ بِبَيعِ السِّرقينِ، ويُكرَهُ بَيْعُ العَذِرَةِ)، وقال الشَّافعيُّ[1]: لا يجوزُ بيعُ السِّرقينِ أيضاً؛ لأنَّه نَجِسُ العَينِ، فَشابَهَ العَذِرَةَ وجِلدَ المَيتةِ قبلَ الدِّباغِ.

ولنا: أنَّه مُنتَفَعٌ به؛ لأنَّه يُلقَى في الأراضي لاستكثارِ الرَّيعِ فكان مالاً، والمالُ محلٌّ للبيعِ.

بخلافِ العَذِرةِ؛ لأنَّه لا يُنتَفَعُ بها إلَّا مَخلوطاً[2]. ويجوزُ بيعُ المَخلوطِ، هو المَرويُّ عن محمدٍ، وهو الصَّحيح.

وكذا يجوزُ الانتفاعُ بالمَخلوطِ، لا بِغَيرِ المَخلوطِ في الصَّحيحِ، والمَخلوطُ بمنزلةِ زَيتٍ خالَطَتهُ النَّجاسةُ.

قال: (ومَنْ عَلِمَ بِجاريةٍ أنَّها لِرَجلٍ، فَرأى آخَرَ يَبيعُها وقال: «وكَّلَنِي صاحِبُها بِبَيعِها» فإنَّه يَسَعُهُ أنَّه يَبتاعُها ويَطَؤُها)؛ لأنَّه أخبَرَ بخبرٍ صحيحٍ لا مُنازِعَ له، وقولُ الواحدِ في المُعاملاتِ مَقبولٌ على أيِّ وَصفٍ كان؛ لِما مَرَّ من قبل[3].

---

(١) قال النووي في المجموع (٩/ ٢٣٠) ط دار الفكر: بيعُ سرجينِ البهائمِ المأكولةِ وغيرِها وذَرقِ الحمام باطلٌ وثَمَنُه حرامٌ، هذا مذهبنا. اهـ.
وقال الماوردي في الحاوي (٥/ ٣٨٣) ط الكتب العلمية: حكمُ بيعِ النَّجاسات: فأمَّا النَّجاساتُ فضربان: أحدهما: ما كانت عينُهُ نجسةً. والثاني: ما طرأت عليه النَّجاسة وجاورته. فأمَّا ما كان نجِسَ العينِ كالخمرِ والميتةِ والدَّم والأرواث والأبوال، فلا يجوزُ بيعُ شيءٍ منها. اهـ.

(٢) لأنَّ العادة جرَت في زمانِهم أنَّه لا يُنتفَعُ بالعذِرةِ إلَّا مخلوطةً بالتُّراب أو الرَّماد. بناية.

(٣) يعني: في فَصلِ الأكل والشُّربِ، في قوله: «ومَن أرسل أجيراً له مجوسيّاً، وهذا لأنَّ خبرَ الواحدِ في المُعاملاتِ مَقبولٌ من غيرِ شَرطِ العَدالةِ دفعاً للحرج»، انظر ص (٢٢٢).

وكذا إذا قال: «اشتريتُها منه، أو وَهَبَها لي، أو تَصدَّقَ بها علَيَّ»؛ لما قلنا[١]، وهذا إذا كان ثقةً. وكذا إذا كان غيرَ ثقةٍ وأكبَرُ رأيِهِ أنَّه صادقٌ؛ لأنَّ عدالَةَ المُخبِرِ في المُعاملاتِ غيرُ لازمةٍ؛ للحاجةِ على ما مَرَّ. وإن كان أكبَرُ رأيِهِ أنَّه كاذبٌ، لم يَسَعْ له أنْ يَتعَرَّضَ لشيءٍ من ذلك؛ لأنَّ أكبَرَ الرَّأيِ يُقامُ مُقامَ اليقينِ.

وكذا إذا لم يَعلَمْ أنَّها لفلانٍ، ولكن أخبَرَهُ صاحبُ اليدِ أنَّها لفلانٍ، وأنَّه وكَّلَهُ بِبَيعِها أو اشتراها منه، والمُخبِرُ ثِقَةٌ قُبِلَ قولُهُ، وإنْ لم يكن ثِقةً يُعتَبَرُ أكبَرُ رأيِهِ؛ لأنَّ إخبارَهُ حجَّةٌ في حقِّهِ.

وإنْ لم يُخبِرْهُ صاحبُ اليدِ بشيءٍ، فإنْ كان عَرَفَها للأوَّلِ لم يَشتَرِها حتَّى يَعلَمَ انتقالَها إلى مِلكِ الثَّاني؛ لأنَّ يدَ الأوَّلِ دليلُ مِلكِهِ، وإنْ كان لا يَعرِفُ ذلك[٢] له أن يَشترِيَها وإنْ كان ذو اليدِ فاسقاً؛ لأنَّ يدَ الفاسقِ دليلُ المِلكِ في حقِّ الفاسقِ والعَدلِ، ولم يُعارِضْهُ مُعارِضٌ، ولا مُعتَبَرَ بأكبرِ الرَّأيِ عندَ وجودِ الدَّليلِ الظَّاهرِ، إلَّا أن يكونَ مِثلُهُ لا يَملِكُ مِثلَ ذلك، فحينئذٍ يُستحَبُّ له أن يَتنَزَّهَ، ومع ذلك لو اشتراها يُرجَى أن يكونَ في سَعَةٍ من ذلك؛ لاعتمادِهِ الدَّليلَ الشَّرعيَّ.

وإنْ كان الذي أتاه بها عبداً أو أمَةً، لم يَقبَلْها ولم يَشتَرِها حتَّى يَسأَلَ؛ لأنَّ المَملوكَ لا مِلكَ له، فيُعلَمُ أنَّ المِلكَ فيها لغيرِهِ، فإنْ أخبَرَهُ أنَّ مولاهُ أذِنَ له - وهو ثِقةٌ - قَبِلَ، وإن لم يكن ثقةً يُعتبَرُ أكبَرُ الرَّأيِ، وإنْ لم يكنْ له رأيٌ لم يَشترِها لقيامِ الحاجِرِ، فلا بدَّ من دليلٍ.

(١) إشارة إلى قوله: «لأنَّه أخبَرَ بخبرٍ صحيحٍ لا مُنازِعَ له». بناية.

(٢) أي: كونها للأوَّل.

ولو أنَّ امرأةً أخبرَها ثِقَةٌ أنَّ زَوْجَها الغائِبَ ماتَ عنها، أو طَلَّقَها ثلاثاً، أو كان غيرَ ثِقَةٍ وأتاها بِكتابٍ مِنْ زَوجِها بالطَّلاقِ، ولا تَدري أنَّه كِتابُهُ أم لا، إلَّا أنَّ أكبَرَ رأيها أنَّه حَقٌّ، فلا بأسَ بأنْ تَعتَدَّ ثمَّ تَتزوَّجَ. ....

قال: (ولو أنَّ امرأةً أخبرَها ثِقَةٌ أنَّ زَوْجَها الغائِبَ ماتَ عنها، أو طَلَّقَها ثلاثاً، أو كان غيرَ ثِقَةٍ وأتاها بِكتابٍ مِنْ زَوجِها بالطَّلاقِ، ولا تَدري أنَّه كِتابُهُ أم لا، إلَّا أنَّ أكبَرَ رأيها أنَّه حَقٌّ)، يعني: بعد التَّحرِّي (فلا بأسَ بأنْ تَعتَدَّ ثمَّ تَتزوَّجَ)؛ لأنَّ القاطِعَ طارِئٌ ولا مُنازِع.

وكذا لو قالت لرجلٍ: «طَلَّقَني زوجي وانقَضَتْ عِدَّتي»، فلا بأسَ أن يَتزوَّجَها.

وكذا إذا قالت المُطلَّقَةُ الثَّلاث: «انقَضَتْ عِدَّتي وتَزَوَّجتُ بزوجٍ آخَرَ، ودَخَلَ بي ثمَّ طَلَّقني وانقَضَتْ عدَّتي»، فلا بأسَ بأن يَتزوَّجَها الزَّوجُ الأوَّلُ.

وكذا لو قالت جاريةٌ: «كنتُ أمَةَ فلانٍ فأعتَقَنِي»؛ لأنَّ القاطعَ طارئٌ.

ولو أخبَرَها مُخبِرٌ أنَّ أصلَ النِّكاحِ كانَ فاسداً، أو كان الزَّوجُ حينَ تَزَوَّجَها مُرتداً، أو أخاها من الرَّضاعةِ، لم يُقبَلْ قَولُهُ حتَّى يَشهَدَ بذلك رجلانِ أو رَجلٌ وامرأتان.

وكذا إذا أخبَرَهُ مُخبِرٌ أنَّكَ تزوَّجْتَها وهي مُرتدَّةٌ، أو أختُكَ من الرَّضاعةِ، لم يَتزوَّجْ بأختِها أو أربعٍ سِواها حتَّى يَشهَدَ بذلكَ عَدْلان؛ لأنَّه أخبَرَ بفسادٍ مُقارِنٍ[1]، والإقدامُ على العَقدِ يدلُّ على صِحَّتِهِ وإنكارِ فَسادِهِ، فيَثبُتُ المُنازِعُ بالظَّاهر.

بخلافِ ما إذا كانتِ المنكوحةُ صغيرةً، فأُخبِرَ الزَّوجُ أنَّها ارتَضَعَتْ من أمِّه أو أختِهِ، حيثُ يُقبَلُ قولُ الواحدِ فيه؛ لأنَّ القاطِعَ طارئٌ[2]، والإقدامُ الأوَّلُ لا يدلُّ على انعدامِهِ، فلم يَثبُتِ المُنازِعُ، فافترقا، وعلى هذا الحَرفِ يَدورُ الفَرْقُ.

---

(١) أي: مقارنٍ للعقد.

(٢) أي: القاطعُ للزَّوجيَّةِ - وهو الرَّضاع - عارضٌ.

وإذا باعَ المُسلِمُ خَمراً وأخَذَ ثَمَنَها وعليه دَيْنٌ، فإنَّهُ يُكرَهُ لِصاحِبِ الدَّينِ أنْ يَأخُذَ منه، وإنْ كان البائعُ نَصرانيّاً فلا بأسَ بهِ. ويُكرَهُ الاحتكارُ في أقواتِ الآدَمِيِّينَ والبَهائِمِ، إذا كان ذلك في بلَدٍ يَضُرُّ الاحتكارُ بأهلِهِ، وكذلك التَّلقِّي، فأمَّا إذا كان لا يَضُرُّ فلا بأسَ به. ....

ولو كانت جاريةً صغيرةً لا تُعبِّرُ عن نَفسِها في يَدِ رَجلٍ يَدَّعي أنَّها له، فلمَّا كَبُرتْ لَقِيَها رجلٌ في بَلدٍ آخَرَ، فقالت: «أنا حرَّةُ الأصلِ» لم يَسَعْهُ أن يَتزوَّجَها لِتحقُّقِ المُنازِعِ، وهو ذو اليد، بخلاف ما تقدَّم[1].

قال: (وإذا باعَ المُسلِمُ خَمراً وأخَذَ ثَمَنَها وعليه دَيْنٌ، فإنَّهُ يُكرَهُ لِصاحِبِ الدَّينِ أنْ يَأخُذَ منه، وإنْ كان البائعُ نَصرانيّاً فلا بأسَ بهِ)، والفرقُ: أنَّ البيعَ في الوجهِ الأوَّلِ قد بَطَلَ؛ لأنَّ الخمرَ ليس بمالٍ مُتقوِّمٍ في حقِّ المسلم، فَبَقِيَ الثَّمَنُ على مِلكِ المُشتري، فلا يَحِلُّ أخذُهُ من البائع. وفي الوجهِ الثَّاني صَحَّ البيعُ؛ لأنَّه مالٌ مُتقوِّمٌ في حقِّ الذِّمِّيِّ، فمَلَكَهُ البائعُ فَيَحِلُّ الأخذُ منه.

قال: (ويُكرَهُ الاحتكارُ في أقواتِ الآدَمِيِّينَ والبَهائِمِ، إذا كان ذلك في بلَدٍ يَضُرُّ الاحتكارُ بأهلِهِ، وكذلك التَّلقِّي. فأمَّا إذا كان لا يَضُرُّ فلا بأسَ به).

والأصلُ فيه قولُهُ ﷺ: «الجالِبُ مَرزُوقٌ، والمُحتكِرُ مَلعُونٌ»[2]، ولأنَّه تَعلَّقَ به حقُّ العامَّةِ، وفي الامتناعِ عن البيعِ إبطالُ حقِّهِم، وتَضييقُ الأمرِ عليهم، فَيُكرَهُ إذا كان يَضرُّ بهم ذلك، بأن كانت البلدةُ صغيرةً.

بخلاف ما إذا لم يَضُرَّ، بأن كان المِصرُ كبيراً؛ لأنَّه حابِسٌ مِلكَهُ من غيرِ إضرارٍ بِغَيرِهِ.

---

(١) أراد به قوله: «أنَّها لو قالت: كنتُ أمةً لفلانٍ فأعتقني» حيثُ يُقبلُ قولُها. بناية.

(٢) أخرجه ابن ماجه في التِّجارات، باب: الحكرة والجلب (٢١٥٣) من حديث عمر بن الخطاب.

وكذلك التَّلقِّي على هذا التَّفصيل؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ: «نهى عن تلقِّي الجَلْبِ»[(١)]، و«عن تلقِّي الرُّكبان»[(٢)]. قالوا: هذا إذا لم يُلبِّسِ المُتلقِّي على التُّجَّارِ سِعرَ البَلدةِ، فإن لَبَّسَ فهو مكروهٌ في الوجهين؛ لأنَّه غادِرٌ بهم.

وتَخصيصُ الاحتكارِ بالأقواتِ، كالحِنطَةِ والشَّعيرِ والتِّبنِ والقَتِّ، قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: كلُّ ما أضَرَّ بالعامَّةِ حَبْسُهُ فهو احتكارٌ، وإن كان ذَهباً أو فِضَّةً أو ثَوباً، وعن محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ أنَّه قال: لا احتكارَ في الثِّيابِ.

فأبو يوسفَ اعتَبَرَ حقيقةَ الضَّررِ؛ إذْ هو المُؤثِّرُ في الكراهة، وأبو حنيفة اعتَبَرَ الضَّرَرَ المَعهودَ المُتعارَف.

ثمَّ المُدَّةُ إذا قَصُرَتْ لا يكونُ احتكاراً لِعَدَمِ الضَّررِ، وإذا طالت يكونُ احتكاراً مكروهاً لِتَحقُّقِ الضَّررِ.

ثمَّ قيل: هي مُقدَّرةٌ بأربعين يوماً؛ لقوله ﷺ: «مَنِ احتَكَرَ طعاماً أربعينَ ليلةً فقد بَرِئَ من اللهِ وبَرِئَ اللهُ منه»[(٣)]، وقيل: بالشَّهر؛ لأنَّ ما دونَهُ قليلٌ عاجلٌ، والشَّهرُ وما فَوقَهُ كثيرٌ آجِلٌ، وقد مَرَّ في غيرِ مَوضعٍ[(٤)].

---

(١) أخرجه مسلم في البيوع، باب: تحريم تلقِّي الجلب (١٥١٩) عن أبي هريرة أنَّ رسولَ اللهِ ﷺ قال: «لا تَلَقَّوا الجَلَبَ، فمَنْ تَلقَّاهُ فاشترى منه، فإذا أتى سيِّدُه السُّوقَ فهو بالخيار».
والمرادُ بالسَّيِّد مالكُ المَجلُوبِ الذي باعَهُ، أي: فإذا جاء صاحبُ المَتاعِ إلى السُّوقِ وعَرَفَ السِّعرَ، فله الخيارُ في الاسترداد.

(٢) أخرجه البخاري في البيوع، باب: هل يبيع حاضر لباد بغير أجر (٢٠٥٠)، ومسلم في البيوع، باب: تحريم بيع الحاضر للبادي (١٥٢١) عن ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تَلَقَّوا الرُّكبانَ، ولا يَبع حاضرٌ لبادٍ».

(٣) أخرجه أحمد (٢/ ٣٣) (٤٨٨٠)، وابن أبي شيبة في المصنَّف، كتاب البيوع والأقضية، باب: احتكار الطعام (٢٠٣٩٦)، والحاكم (٢/ ١٤) (٢١٦٥)، وهو بتمامه: عن ابن عمر عن النَّبيِّ ﷺ «مَنِ احتَكَرَ طعاماً أربعين ليلةً، فقد بَرِئَ من الله تعالى وبَرِئَ اللهُ تعالى منه، وأيُّما أهلِ عَرصةٍ أصبَحَ فيهِمُ امرؤٌ جائعٌ، فقد بَرِئَتْ منهم ذِمَّةُ الله تعالى».

(٤) أي: قد مرَّ بيانُ أنَّ الشَّهر كثيرٌ، وما دونَهُ قليلٌ، في غير موضعٍ من الكتابِ، في الصَّلاة، والسَّلَم، والوكالةِ، واليمين، وغيرها. بناية.

وَمَنِ احتَكَرَ غَلَّةَ ضَيعَتِهِ، أو ما جَلَبَهُ مِنْ بَلَدٍ آخَرَ، فليس بِمُحتَكِرٍ. ولا يَنبغي لِلسُّلطانِ أن يُسَعِّرَ على النَّاسِ. ....

ويَقعُ التَّفاوتُ في المأثَمِ بينَ أن يَتربَّصَ العِزَّةَ وبينَ أن يَتربَّصَ القَحْطَ، والعياذُ باللهِ.

وقيل: المُدَّةُ لِلمُعاقبةِ في الدُّنيا[١]، أمَّا يأثمُ وإن قَلَّتِ المُدَّة[٢].

والحاصلُ أنَّ التِّجارةَ في الطَّعامِ غيرُ مَحمودةٍ[٣].

قال: (وَمَنِ احتَكَرَ غَلَّةَ ضَيعَتِهِ، أو ما جَلَبَهُ مِنْ بَلَدٍ آخَرَ، فليس بِمُحتَكِرٍ).

أمَّا الأوَّل: فلأنَّهُ خالِصُ حقِّهِ لم يَتَعَلَّقْ به حَقُّ العامَّةِ؛ ألا ترى أنَّ له أنْ لا يَزرَعَ، فكذلكَ له أن لا يَبِيعَ.

وأمَّا الثَّاني: فالمذكورُ قولُ أبي حنيفة؛ لأنَّ حَقَّ العامَّةِ إنَّما يَتعلَّقُ بما جُمِعَ في المِصرِ وجُلِبَ إلى فَنائِها.

وقال أبو يوسف: يُكرَهُ لإطلاق ما روينا[٤].

وقال محمد: كُلُّ ما يُجلَبُ منه إلى المِصرِ في الغالِبِ فهو بِمَنزلةِ فَناءِ المِصرِ، يَحرُمُ الاحتكارُ فيه؛ لِتَعلُّقِ حقِّ العامَّةِ به، بخلافِ ما إذا كان البَلَدُ بعيداً لم تَجرِ العادةُ بالحَملِ منه إلى المصر؛ لأنَّه لم يَتعَلَّقْ به حَقُّ العامَّةِ.

قال: (ولا يَنبغي لِلسُّلطانِ أن يُسَعِّرَ على النَّاسِ)؛ لقوله ﷺ: «لا تُسَعِّرُوا؛ فإنَّ اللهَ هو المُسَعِّرُ القابِضُ الباسِطُ الرَّازق»[٥]؛ ولأنَّ الثَّمَنَ حَقُّ العاقدِ فإليه

---

(١) يعني: ضربُ المدَّةِ في الاحتكارِ لأجلِ المعاقبةِ في الدنيا، يعني: يهدِّدُ الإمامُ المحتكرَ. بناية.

(٢) تقديره: أمَّا الإثمُ فإنَّه يأثمُ وإن قَلَّتِ المدَّةُ. وهذا تركيبٌ تأباه قواعدُ العربيَّةِ إلَّا بالتَّأويل. بناية.

(٣) يعني: بطريق الاحتكار، أمَّا الاسترباحُ فيه بلا احتكار فلا بأسَ فيه. بناية.

(٤) يقصد قوله ﷺ: «المُحتكِرُ ملعون».

(٥) أخرجه الترمذي في البيوع، باب: التَّسعير (١٣١٤)، وأبو داود في الإجارة، باب: في التسعير (٣٤٥١)، وابن ماجه في التجارات، باب: من كره ان يُسعِّر (٢٢٠٠) عن أنس قال: غَلا السِّعرُ

تَقديرُهُ، فلا ينبغي للإمامِ أن يَتعَرَّضَ لِحقِّهِ إلَّا إذا تعَلَّقَ به دَفعُ ضَرَرِ العامَّةِ على ما نُبيِّنُ.

وإذا رُفِعَ إلى القاضي هذا الأمرُ، يَأمُرُ المُحتكِرَ بِبَيعِ ما فَضَلَ عن قُوتِهِ وقُوتِ أهلِهِ على اعتبارِ السَّعَةِ في ذلك، ويَنهاهُ عنِ الاحتكارِ، فإنْ رُفِع إليه مرَّةً أخرى حَبَسَهُ وعزَّرَه على ما يَرَى، زجراً له ودَفعاً للضَّررِ عن النَّاس.

فإنْ كان أربابُ الطَّعامِ يَتحكَّمونَ ويَتعدُّونَ عن القيمةِ تَعدِّياً فاحشاً، وعجَزَ القاضي عن صيانةِ حقوقِ المسلمين إلَّا بالتَّسعيرِ، فحينئذٍ لا بأسَ به بِمَشورةٍ من أهلِ الرَّأيِ والبَصيرةِ، فإذا فعَلَ ذلك وتعَدَّى رجلٌ عن ذلك وباعَ بأكثَرَ منه أجازَهُ القاضي[(١)]، وهذا ظاهرٌ عند أبي حنيفة؛ لأنَّه لا يَرَى الحَجْرَ على الحُرِّ، وكذا عندهما[(٢)]، إلَّا أن يكونَ الحَجْرُ على قومٍ بأعيانهم.

ومَن باع منهم بما قَدَّرَهُ الإمامُ صَحَّ؛ لأنَّه غيرُ مُكرهٍ على البيع.

وهل يَبيعُ القاضي على المُحتكِرِ طعامَهُ من غيرِ رضاه؟.

قيل: هو على الاختلافِ الذي عُرِفَ في بَيعِ مالِ المَديُونِ[(٣)]. وقيل: يبيعُ

= على عهدِ رسولِ اللهِ ﷺ فقالوا: يا رسولَ اللهِ سَعِّر لنا، قال: إنَّ اللهَ هو المُسَعِّرُ القابِضُ الباسِطُ الرَّزَّاقُ، وإنِّي لأرجو أن ألقى ربِّي وليس أحدٌ منكم يَطلُبُني بِمَظلمةٍ في دمٍ ولا مالٍ» قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح.

وفي الباب من حديث أبي جحيفة أخرجه الطبراني في الكبير (٢٢/ ١٢٥) (١٨١٧٣)، وحديث ابن عباس أخرجه الطبراني في الصغير (٢/ ٥٩) (٧٨٠)، وحديث أبي سعيد الخدري الطبراني في الأوسط (٦/ ١١٠) (٥٩٥٥).

(١) يعني: لا ينقضُهُ.

(٢) أي: وكذا هو ظاهرٌ عندهما؛ لأنَّهما وإن رأيا الحَجْرَ لكن على حرٍّ معيَّنٍ أو قومٍ بأعيانِهم، أمَّا على قومٍ مجهولين فلا. بناية.

(٣) أي: المُفلِس إذا امتنع عن البيع، فقال بعضُهُم: لا يبيعُ كما هو مذهبُ أبي حنيفة، وقال آخرون: يَبيعُ كما هو مذهبُ الصَّاحبين.

ويُكرَهُ بَيعُ السِّلاحِ في أيَّامِ الفِتنةِ. ولا بأسَ بِبَيعِ العَصيرِ مِمَّنْ يَعلَمُ أنَّهُ يَتَّخِذُهُ خمراً. ومَنْ أجَّرَ بَيتاً لِيُتَّخَذَ فيه بيتُ نارٍ، أو كَنيسةٌ، أو بِيعَةٌ، أو يُباعُ فيه الخَمرُ بالسَّوادِ، فلا بأسَ به.

بالاتِّفاق؛ لأنَّ أبا حنيفة يرى الحَجْرَ لِدَفعِ ضَرَرٍ عامٍّ[1]، وهذا كذلك[2].

قال: (ويُكرَهُ بَيعُ السِّلاحِ في أيَّامِ الفِتنةِ)، معناه: مِمَّن يَعرِفُ أنَّه من أهلِ الفتنةِ؛ لأنَّه تَسبِيبٌ إلى المَعصيةِ، وقد بيَّنَّاه في السِّيَر، وإنْ كان لا يَعرِفُ أنَّه من أهلِ الفِتنةِ لا بأسَ بذلك؛ لأنَّه يَحتمِلُ أن لا يَستعمِلَهُ في الفتنةِ، فلا يُكرَهُ بالشَّكِّ.

قال: (ولا بأسَ بِبَيعِ العَصيرِ مِمَّنْ يَعلَمُ أنَّهُ يَتَّخِذُهُ خمراً)؛ لأنَّ المعصيةَ لا تُقامُ بِعَينِهِ بل بعدَ تَغييرِهِ، بخلافِ بَيعِ السِّلاحِ في أيَّامِ الفتنةِ؛ لأنَّ المعصيةَ تقومُ بعينه.

قال: (ومَنْ أجَّرَ بَيتاً لِيُتَّخَذَ فيه بيتُ نارٍ، أو كَنيسةٌ، أو بِيعَةٌ، أو يُباعُ فيه الخَمرُ بالسَّوادِ، فلا بأسَ به)، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا ينبغي أن يُكرِيَهُ لشيءٍ من ذلك؛ لأنَّه إعانةٌ على المعصية.

وله: أنَّ الإجارةَ تَرِدُ على مَنفعةِ البيتِ، ولهذا تَجِبُ الأُجرةُ بِمُجرَّدِ التَّسليمِ، ولا مَعصيةَ فيه، وإنَّما المَعصيةُ بِفِعلِ المُستأجِرِ، وهو مُختارٌ فيه، فقَطَعَ نِسبَتَهُ عنه[3].

وإنَّما قَيَّدَهُ بالسَّوادِ؛ لأنَّهم لا يُمكَّنُونَ من اتِّخاذِ البِيَعِ والكنائسِ، وإظهارِ بَيعِ الخُمورِ والخنازيرِ في الأمصارِ؛ لِظُهورِ شعائرِ الإسلام فيها، بخلاف السَّواد[4].

(١) كالحجر على الطَّبيبِ الجاهلِ والمكاري المفلس والمفتي الماجن؛ لأنَّ ضررهم يرجعُ إلى العامَّةِ. بناية.

(٢) أي: بيعُ القاضي طعامَ المحتكِرِ بغير رضاه جائزٌ كالحجر لدفعِ ضررٍ عامٍّ، لأنَّ ضرره يرجعُ على العامَّةِ. بناية.

(٣) أي: فقطع نسبةَ المعصيةِ عن العقد.

(٤) أي: أهل القرى؛ لأنَّه لا تُقامُ فيهم شعائرُ الإسلام كالأمصار. بناية.

وَمَنْ حَمَلَ لِذِمِّيٍّ خَمراً، فإنَّه يَطيبُ له الأجرُ عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يُكرَهُ له ذلك. ولا بأسَ بِبَيعِ بناءِ بُيوتِ مَكَّةَ، ويُكرَهُ بَيعُ أرضِها. ......

قالوا: هذا كان في سَوادِ الكوفة؛ لأنَّ غالِبَ أهلِها أهلُ الذِّمَّةِ. فأمَّا في سَوادِنا فأعلامُ الإسلامِ فيها ظاهرةٌ، فلا يُمكَّنونَ فيها أيضاً، وهو الأصحُّ.

قال: (ومَنْ حَمَلَ لِذِمِّيٍّ خَمراً، فإنَّه يَطيبُ له الأجرُ عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: يُكرَهُ له ذلك)؛ لأنَّه إعانةٌ على المعصيةِ، وقد صَحَّ أنَّ النَّبيَّ ﷺ «لعَنَ في الخمرِ عَشْراً: حامِلَها والمَحمولَ إليه»[١].

له: أنَّ المعصيةَ في شُربِها، وهو فِعلُ فاعلٍ مختارٍ، وليس الشُّربُ من ضروراتِ الحَملِ[٢]، ولا يُقصَدُ به، والحديثُ محمولٌ على الحَملِ المَقرونِ بِقَصدِ المعصيةِ.

قال: (ولا بأسَ بِبَيعِ بناءِ بُيوتِ مَكَّةَ، ويُكرَهُ بَيعُ أرضِها)، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: لا بأسَ بِبَيعِ أرضِها أيضاً، وهذا روايةٌ عن أبي حنيفة؛ لأنَّها مملوكةٌ لهم لِظُهورِ الاختصاصِ الشَّرعيِّ بها، فصارَ كالبناء.

ولأبي حنيفة قولُهُ ﷺ: «ألا إنَّ مكَّةَ حرامٌ لا تُباعُ رِباعُها ولا تُورَثُ»[٣]، ولأنَّها حَرَّةٌ مُحتَرَمةٌ؛ لأنَّها فِناءُ الكعبةِ.

---

(١) روي من حديث ابن عمر، وابن عباس، وأنس.
أخرج الترمذي في البيوع، باب: النهي أن يتَّخذ الخمر خلاً (١٢٩٥)، وابن ماجه في الأشربة، باب: لعنت الخمر على عشرة أوجه (٣٣٨١)، أبو داود في الأشربة، باب: في العنب يعصر للخمر (٣٦٧٤) عن ابن عمر قال: قال رسولُ اللهِ ﷺ: «لعَنَ اللهُ الخَمْرَ، وشارِبَها، وساقيها، وبايِعَها، ومُبتاعَها، وعاصِرَها، ومُعتَصِرَها، وحامِلَها، والمَحمولَةَ إليه»، واللفظ لأبي داود

(٢) لأنَّ الشُّربَ قد يُوجَدُ بدونِ الحَملِ، وبالعكس، فلا يكونُ الحَملُ مُستلزِماً للمعصية.

(٣) أخرج الدارقطني في سننه، كتاب البيوع رقم (٢٢٣)، والحاكم (٢/ ٦١) (٢٣٢٦) عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «مكَّة مناخ، لا تُباعُ رِباعها و لا تُؤاجَرُ بُيوتُها»، وقال: صحيح الإسناد ولم يخرِّجاه.
قوله: «مُناخ» بضمِّ الميم، أي: مَحلٌّ لِلمُناخ، أي: إبراكِ الإبِلِ ونحوِها.

وَمَنْ وَضَعَ دِرهماً عندَ بَقَّالٍ يأخُذُ منه ما شاءَ، يُكرَهُ له ذلكَ.

وقد ظَهَرَ أَثَرُ التَّعظيمِ فيها، حتَّى لا يُنَفَّرُ صيدُها، ولا يُختَلَى خَلاها[١]، ولا يُعضَدُ شَوكُها، فكذا في حقِّ البيعِ، بخلاف البناءِ؛ لأنَّه خالِصُ مِلكِ الباني.

ويُكرَهُ إجارَتُها أيضاً؛ لقوله ﷺ: «مَنْ آجَرَ أرضَ مكَّةَ فكأنَّما أكَلَ الرِّبا»[٢]، ولأنَّ أراضي مكَّةَ تُسمَّى السَّوائِبَ على عَهدِ رسولِ اللهِ ﷺ، مَنِ احتاجَ إليها سَكَنَها، ومَنِ استغنَى عنها أسكَنَ غيرَهُ[٣].

(ومَنْ وَضَعَ دِرهماً عندَ بَقَّالٍ يأخُذُ منه ما شاءَ، يُكرَهُ له ذلكَ)؛ لأنَّه ملَكَهُ قَرْضاً وجَرَّ بهِ نَفْعاً، وهو أنْ يأخذَ منه ما شاءَ حالاً فَحالاً، ونهى رسولُ اللهِ ﷺ عن قَرضٍ جَرَّ نفعاً[٤]، وينبغي أن يَستودِعَهُ ثمَّ يأخذَ منه ما شاء جُزءاً فَجزءاً؛ لأنَّه وديعةٌ وليس بِقَرضٍ، حتَّى لو هَلَكَ لا شيءَ على الآخِذِ، واللهُ أعلم.

---

(١) أي: لا يُقتَطَعُ نباتُها وحَشيشُها.

(٢) روى الإمام محمد في كتاب الآثار عن عبد بن عمرو عن النبيِّ ﷺ قال: «مَن أكل مِن أجورِ بيوت مكَّةَ، فإنَّما يأكلُ ناراً».
وأخرج عبد الرزاق في مصنفه، كتاب المناسك، باب: الكراء في الحرم وهل تُبوَّب دورُ مكَّة، والكِراء بِمِنى (٩٢١٠) عن ابن جُريج قال: كان عَطاء يَنهى عن الكِراءِ في الحَرَمِ، وأخبرني أنَّ عمر بن الخطاب كان يَنهى أن تُبوَّبَ دُورُ مكَّةَ؛ لأن يَنزِلَ الحاجُّ في عَرَصاتِها، فكان أوَّلَ من بَوَّبَ دارَهُ سُهيلُ بنُ عَمرو، فأرسل إليه عمرُ بنُ الخَطَّاب في ذلك، فقال: أنظرني يا أميرَ المُؤمنين، إنِّي كنتُ امرءاً تاجراً فأردتُ أن أتَّخِذَ بابَينِ يَحبِسانِ ظَهري، قال: فذلك إذاً.

(٣) أخرج الدار قطني في البيوع (٢٣٠)، والطبراني في الكبير (٨/١٨) (١٤٧١٥)، وابن ماجه في المناسك، باب: أجر بيوت مكة (٣١٠٧)، واللَّفظ له: عن علقمة بنِ نَضْلَةَ قال: تُوفِّي رسولُ الله ﷺ وأبو بكر وعمر وما تُدعَى رِباعُ مَكَّةَ إلَّا السَّوائبَ، مَنِ احتاجَ سَكَنَ، ومَنِ استَغْنَى أسكَنَ.

(٤) تقدم في الحوالة

مسائل متفرقة

ويُكرَهُ التَّعشيرُ والنَّقطُ في المُصحَفِ، ولا بأسَ بِتحليَةِ المُصحَفِ. ....

(مسائل متفرقة)

قال: (ويُكرَهُ التَّعشيرُ[١] والنَّقطُ في المُصحَفِ)؛ لقولِ ابنِ مسعودٍ رضي الله عنه: «جَرِّدوا القرآن»[٢]، ويروى: «جَرِّدوا المَصاحف»[٣]. وفي التَّعشيرِ والنَّقطِ تركُ التَّجريدِ، ولأنَّ التَّعشيرَ يُخِلُّ بِحفظِ الآي، والنَّقْط بِحِفظِ الإعرابِ اتِّكالاً عليه، فَيُكرَهُ.

قالوا: في زماننا لا بدَّ للعَجَمِ من دِلالةٍ[٤]، فَتَرْكُ ذلك إخلالٌ بالحفظِ وهِجرانٌ للقرآن، فيكون حَسَناً.

قال: (ولا بأسَ بِتحليَةِ المُصحَفِ)؛ لِما فيه من تَعظيمِهِ، وصار كَنَقْشِ المَسجدِ

---

(١) قال في الجامع الصَّغير: «التَّعشيرُ» جمعُ «العواشر في المصحف»، وهو كتابةُ العلامةِ عند منتهى عشرِ آياتٍ. بناية.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب الصلوات، باب: في التعشير في المصحف (٨٥٤٧)، وعبد الرزاق في مصنفه، كتاب الصيام، باب: ما يكره أن يُصنعَ في المصاحف (٧٩٤٤) عن ابن مسعود قال: «جَرِّدوا القرآنَ ولا تلبسوا به ما ليس منه».
وأخرجه الطبراني في الكبير من طريق عبد الرزاق (٩/ ٣٥٣) (٩٧٥٣).
ومن طريق ابن أبي شيبة رواه إبراهيمُ الحربيُّ في كتابه «غريب الحديث» وقال: قوله: «جرِّدوا القرآن» يحتمل فيه أمران:
أحدهما: أي: جرِّدوه في التِّلاوةِ، لا تَخلطوا به غيرَه.
والثاني: أي: جرِّدوه في الخَطِّ من النَّقط والتَّعشير. اهـ
قلت: الثَّاني أولى؛ لأنَّ الطبراني أخرج في معجمه عن ابن مسعود أنَّه كان يكرَهُ التَّعشيرَ في المُصحفِ. اهـ الكل من نصب الراية

(٣) هذه رواية غريبة ليس لها وجودٌ في الكتب المشهورة. بناية.

(٤) أي: يدلُّ على الإعراب؛ لأنَّه ليس في وُسعِ العَجمِ معرفةُ الإعرابِ من غير دلالة على ذلك. بناية.

ولا بأسَ بأنْ يَدخُلَ أهلُ الذِّمَّةِ المَسجِدَ الحرامَ. ويُكرَهُ استِخدامُ الخُصْيانِ ......

وتَزيينِهِ بماءِ الذَّهبِ، وقد ذكرناه من قبلُ[1].

قال: (ولا بأسَ بأنْ يَدخُلَ أهلُ الذِّمَّةِ المَسجِدَ الحرامَ)، وقال الشَّافعيُّ[2]: يُكره ذلك، وقال مالك[3]: يُكرَه في كلِّ مسجد.

للشَّافعيِّ: قولُه تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَٰذَا﴾ [التوبة: ٢٨]، ولأنَّ الكافر لا يَخلُو عن جنابةٍ؛ لأنَّه لا يَغتسِلُ اغتسالاً يُخرِجُه عنها، والجنبُ يَجنُبُ المَسجِدَ، وبهذا يَحتَجُّ مالكٌ، والتَّعليلُ بالنَّجاسةِ عامٌّ، فَيَنتظِمُ المساجدَ كلَّها.

ولنا: ما روي أنَّ النَّبيَّ ﷺ «أنزل وَفْدَ ثَقيفٍ في مَسجدِهِ وهم كفَّارٌ»[4]، ولأنَّ الخَبَثَ في اعتقادِهِم، فلا يُؤدِّي إلى تَلويثِ المسجد. والآيةُ مَحمولةٌ على الحُضورِ استيلاءً واستعلاءً، أو طائفينَ عُراةً كما كانت عادَتُهُم في الجاهليَّة.

قال: (ويُكرَهُ استِخدامُ الخُصْيانِ)؛ لأنَّ الرَّغبةَ في استخدامِهِم حَثَّ النَّاسَ على هذا الصَّنيعِ، وهو مُثلَةٌ مُحرَّمةٌ.

---

(١) انظر (١/ ٣٠١).

(٢) قال النووي في المجموع (٢/ ١٧٤) ط دار الفكر: قال أصحابنا: لا يُمكَّنُ كافرٌ مِن دخولِ حَرَمِ مكَّةَ، وأمَّا غيرُهُ فيجوزُ أن يدخُلَ كلَّ مسجدٍ ويبيتُ فيه بإذنِ المسلمين، ويُمنَع منه بغيرِ إذن. اهـ، وانظر نهاية المحتاج (٨/ ٨٦) ط مصطفى الحلبي.

(٣) انظر جواهر الإكليل شرح مختصر خليل (١/ ٢٣) ط دار الفكر.

(٤) أخرجه أبو داود في الخراج والفيء الإمارة، باب: ما جاء في خبر الطائف (٣٠٢٦) عن عثمان بن أبي العاص أنَّ وَفْدَ ثَقيفٍ لمَّا قَدِموا على رسولِ اللهِ ﷺ أنزلهم المسجد ليكون أرَقَّ لقلوبهم، فاشتَرَطوا عليه أن لايُحشَرُوا ولايُعشَرُوا ولايجبوا، فقال رسول الله ﷺ: «لكم أن لا تُحشَرُوا ولا تُعشَرُوا ولا خيرَ في دينٍ ليس فيه ركوعٌ».

قوله: «لا يُحشَروا» معناه الحشرُ في الجهادِ والنَّفيرُ له. وقوله: «لا يُعشَروا» معناه الصَّدقةُ، أي: لا يُؤخَذ عُشرُ أموالهم، وقوله: «أن لا يجبوا» معناه: لا يُصلُّوا.

ولا بأسَ بِخِصاءِ البهائِمِ، وإنزاءِ الحَميرِ على الخَيلِ. ولا بأسَ بِعِيادَةِ اليَهوديِّ والنَّصرانيِّ. ويُكرَهُ أن يقولَ الرَّجلُ في دعائه: «أسألُكَ بِمَعقِدِ العِزِّ من عَرشِكَ».

قال: (ولا بأسَ بِخِصاءِ البهائِمِ، وإنزاءِ الحَميرِ على الخَيلِ)؛ لأنَّ في الأوَّلِ مَنفعَةً للبهيمة والنَّاسِ، وقد صَحَّ «أنَّ النَّبيَّ ﷺ رَكِبَ البغلةَ»[1]، فلو كان هذا الفعلُ حراماً لَما رَكِبَها لِما فيه من فَتحِ بابِهِ.

قال: (ولا بأسَ بِعِيادَةِ اليَهوديِّ والنَّصرانيِّ)؛ لأنَّه نوعُ بِرٍّ في حقِّهم، وما نُهينا عن ذلك، وقد صحَّ «أنَّ النَّبيَّ ﷺ عاد يهوديّاً مَرِضَ بِجوارِهِ»[2].

قال: (ويُكرَهُ أن يقولَ الرَّجلُ في دعائه: «أسألُكَ بِمَعقِدِ العِزِّ من عَرشِكَ»)، وللمسألة عبارتان: هذه، و«مَقْعَد العِزِّ»، ولا ريبَ في كراهةِ الثَّانيةِ؛ لأنَّه من القُعودِ[3]، وكذا الأولى؛ لأنَّه يُوهِمُ تَعلُّقَ عِزِّهِ بالعَرشِ، وهو مُحدَثٌ، واللهُ تعالى بِجَميعِ صفاته قديمٌ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه لا بأس به. وبه أخذ الفقيهُ أبو اللَّيث رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّه مأثورٌ عن النَّبيِّ ﷺ، رُوي أنَّه كان من دعائِهِ «اللَّهمَّ إنِّي أسألُكَ بِمَعقِدِ العِزِّ من عرشِكَ،

---

(١) أخرج البخاري في المغازي، باب: قوله تعالى: ﴿وَيَوْمَ حُنَيْنٍ إِذْ أَعْجَبَتْكُمْ كَثْرَتُكُمْ﴾ [التوبة: ٢٥] (٤٠٦٣)، ومسلم في الجهاد والسِّير، باب: في غزوة حنين (١٧٧٦)، عن أبي إسحاق سَمِع البراءَ وسألَهُ رجلٌ من قيس: أفررْتُم عن رسولِ اللهِ ﷺ يومَ حُنَين؟ فقال: لكن رسولُ الله ﷺ لم يَفِرَّ، كانت هَوازنُ رُماةً، وإنَّا لمَّا حَملْنا عليهمُ انكشَفُوا فأكبَبْنا على الغنائِمِ، فاستَقبَلُونا بالسِّهام، ولقد رأيتُ رسولَ الله ﷺ على بغلتِهِ البيضاءَ، وإنَّ أبا سفيانَ بنِ الحارث آخِذٌ بِزِمامِها وهو يقول: «أنا النَّبيُّ لا كَذِب أنا ابن عبد المطَّلب».

(٢) أخرج البخاري في الجنائز، باب: إذا أسلم الصَّبيُّ فمات هل يُصلَّى عليه وهل يُعرَض على الصَّبيِّ الإسلام (١٢٩٠) عن أنس رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: كان غلامٌ يهوديٌّ يَخدُمُ النَّبيَّ ﷺ فَمَرِضَ، فأتاه النَّبيُّ ﷺ يَعودُه، فقَعَدَ عند رأسِهِ فقال له: «أسلِمْ»، فنَظَرَ إلى أبيه وهو عنده، فقال له: أطِعْ أبا القاسم ﷺ، فأسلَمَ، فخرج النَّبيُّ ﷺ وهو يقول: «الحمدُ لله الذي أنقَذَه من النَّار».

(٣) وهو التَّمكُّنُ على العرش، وذلك قول المجسِّمةِ، وهو باطل.

ويُكرَهُ أن يَقولَ الرَّجلُ في دُعائِهِ: «بِحَقِّ فُلانٍ، أو بِحَقِّ أنبيائِكَ ورُسُلِكَ». ......

ومُنتَهَى الرَّحمةِ من كتابِكَ، وباسمِكَ الأعظَمِ، وجَدِّكَ الأعلى، وكلماتِكَ التَّامَّةِ»[1].
ولكنَّا نقول: هذا خبرٌ واحدٌ فكان الاحتياطُ في الامتناع.

(ويُكرَهُ أن يَقولَ الرَّجلُ في دُعائِهِ: «بِحَقِّ فُلانٍ، أو بِحَقِّ أنبيائِكَ ورُسُلِكَ»)؛ لأنَّه لا حَقَّ لِلمَخلوقِ على الخالقِ[2].

---

(١) رواه البيهقي في كتاب الدَّعوات الكبير عن ابن مسعود عن النَّبيِّ ﷺ قال: «اثنتا عشرَةَ ركعةً تُصلِّيهِنَّ من ليلٍ أو نهارٍ، وتَتشَهَّدُ بينَ كلِّ ركعتين، فإذا تَشهَدتَ في آخِرِ صلاتِكَ، فأثنِ على اللهِ ﷻ، وصَلِّ على النَّبيِّ ﷺ، واقرأ وأنتَ ساجدٌ فاتحةَ الكتاب سبعَ مرَّاتٍ، وآيةَ الكرسيِّ سبعَ مرَّاتٍ، وقل: لا إلهَ إلَّا اللهُ وحدَهُ لا شريكَ له، له المُلكُ وله الحمدُ، وهو على كلِّ شيءٍ قديرٌ، عَشْرَ مرَّاتٍ، ثمَّ قل: اللَّهمَّ إنِّي أسألُكَ بِمَعاقِدِ العِزِّ من عَرشِكَ، ومُنتَهَى الرَّحمةِ من كتابك، واسمِكَ الأعظمِ، وكلماتِكَ التَّامةِ، ثُم سَلْ حاجَتَكَ، ثمَّ ارفَعْ رأسَكَ، ثُمَّ سلِّمْ يميناً وشمالاً، ولا تُعلِّمُوها السُّفهاءَ، فإنَّهم يَدعُون بها فَيُستجابُ». ورواه ابن الجوزي في كتاب الموضوعات، وقال: هذا حديثٌ موضوعٌ بلا شكٍّ. اهـ نصب الراية.

(٢) وهنا أنقل إليك كلامَ ابن عابدين كاملاً، قال ﵀: قد يقال: إنَّه لا حَقَّ لهم وُجوباً على الله تعالى، لكنِ اللهُ سبحانه وتعالى جعَلَ لهم حقَّاً من فضلِهِ، أو يُرادُ بالحَقِّ الحُرمَةُ والعَظَمَةُ، فيكونُ من بابِ الوسيلةِ، وقد قال تعالى: ﴿وَٱبْتَغُوٓاْ إِلَيْهِ ٱلْوَسِيلَةَ﴾ [المَائدة: ٣٥]، وقد عُدَّ من آدابِ الدُّعاءِ التَّوسُّلُ على ما في الحصن، وجاء في رواية: «اللَّهمَّ إنِّي أسألك بحَقِّ السَّائلينَ عليك، وبِحَقِّ مَمشايَ إليك، فإنِّي لم أخرجْ أشَراً ولا بَطَراً» الحديث. اهـ. ط عن شرح النُّقاية لمنلا علي القاري.
ويَحتمِلُ أن يُراد بِحَقِّهم علينا، من وُجوبِ الإيمانِ بهم وتَعظيمِهم، وفي اليعقوبيَّة: يَحتمِلُ أن يكون الحَقُّ مصدراً لا صِفَةً مُشبَّهةً، فالمعنى بحَقِّيَّةِ رُسلِكَ، فلا مَنْعَ فَليتأمل. اهـ، أي: المعنى بكونِهِم حقَّاً، لا بِكَونِهِم مُستحقِّين.
أقول: لكن هذه كلُّها احتمالاتٌ مُخالِفَةٌ لظاهِرِ المُتبادِرِ من هذا اللَّفظِ، ومجرَّدُ إيهام اللَّفظِ ما لا يجوزُ كافٍ في المَنعِ، كما قدَّمناه، فلا يُعارِضُ خبرُ الآحادُ، فلذا - والله أعلم - أطلَقَ أئمَّتُنا المَنْعَ، على أنَّ إرادةَ هذه المَعاني مع هذا الإيهام فيها الإقسامَ بغيرِ الله تعالى، وهو مانِعٌ آخَرُ. تأمَّل.
نعم ذكر العلامةُ المُناويُّ في حديث «اللَّهمَّ إنِّي أسألُكَ وأتوجَّهُ إليكَ بِنبيِّكَ نبيِّ الرَّحمةِ» عن العِزِّ بنِ عبد السَّلامِ أنَّه ينبغي كونُهُ مقصوراً على النَّبيِّ ﷺ، وأن لا يُقسَمَ على الله بغيره، وأن يكونَ من خصائِصِه، قال: وقال السُّبكيُّ: يَحسُنُ التَّوسُّلُ بالنَّبيِّ إلى ربِّه، ولم يُنكِرْهُ أحدٌ من السَّلفِ ولا الخَلَفِ إلَّا ابنُ تيميَّةَ، فابتَدَعَ ما لم يَقُلْه عالمٌ قبلَهُ. اهـ.

ويُكرَهُ اللَّعِبُ بالشِّطرَنجِ والنَّرْدِ والأربعَةَ عَشَرَ، وكُلُّ لَهوٍ.

قال: (ويُكرَهُ اللَّعِبُ بالشِّطرَنجِ والنَّرْدِ والأربعَةَ عَشَرَ، وكُلُّ لَهوٍ[1])؛ لأنَّه إن قامَرَ بها فالمَيسِرُ حرامٌ بالنَّصِّ، وهو اسمٌ لكلِّ قِمارٍ، وإنْ لم يُقامِرْ فهو عَبَثٌ ولَهوٌ، وقال ﷺ: «لَهوُ المُؤمنِ باطلٌ إلَّا الثَّلاثَ: تأديبُهُ لِفرَسِهِ، ومُناضَلتُهُ عن قَوسِهِ، ومُلاعبَتُهُ مع أهلِهِ»[2].

وقال بعضُ النَّاس: يُباحُ اللَّعِبُ بالشِّطرنجِ لِما فيه من تَشحيذِ الخَواطِرِ، وتَذكيةِ الأفهامِ، وهو مَحكيٌّ عن الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ.

= ونازع العلامةُ ابنُ أمير حاج في دعوى الخصوصيَّة، وأطالَ الكلامَ على ذلك في الفصل الثَّالث عشر، آخرِ شَرحِهِ على المُنيةِ، فراجِعْهُ. انتهى بتمامه

(١) أي: كلُّ لعبٍ وعَبَثٍ، فالثَّلاثةُ بمعنى واحدٍ، كما في شرح التَّأويلات. والإطلاقُ شاملٌ لِنَفسِ الفِعْلِ، واستماعُهُ كالرَّقصِ والسُّخريةِ والتَّصفيقِ وضَربِ الأوتارِ من الطَّنبورِ والبَرْبَطِ والرَّبابِ والقانونِ والمِزمارِ والصَّنْجِ والبُوقِ، فإنَّها كلَّها مكروهةٌ لأنَّها زِيُّ الكفَّار، واستماعُ ضَربِ الدُّفِّ والمِزمارِ وغيرِ ذلك حرامٌ، وإنْ سَمِعَ بَغتةً يكونُ مَعذُوراً، ويَجِبُ أن يَجتهِدَ أن لا يَسمَعَ، قهستاني. اهـ الكل من حا ابن عابدين

(٢) أخرج الترمذي في فضائل الجهاد، باب: الرمي في سبيل الله (١٦٣٧)، والنسائي في الصغرى، كتاب الخيل، باب: تأديب الرجل فرسه (٣٥٧٨)، وابن ماجه في الجهاد، باب: الرمي في سبيل الله (٢٨١١)، وأبو داود في الجهاد، باب: في الرمي (٢٥١٣) عن عقبة بن عامر الجُهَنيِّ عن النَّبيِّ ﷺ قال: «إنَّ الله لَيُدخِلُ بالسَّهمِ الواحدِ الثَّلاثةَ الجنَّةَ، صانِعَهُ يَحتسِبُ في صَنعتِهِ الخيرَ، والرَّامي به، والمُمِدَّ به»، وقال رسول الله ﷺ: «أُرمُوا واركَبُوا، وأن تَرمُوا أحَبُّ إليَّ من أن تَركَبُوا. وكلُّ ما يَلهُو به المَرءُ المسلمُ باطلٌ، إلَّا رَمْيَهُ بِقَوسِهِ، وتأديبَهُ فرَسَهُ، ومُلاعبَتَهُ امرأتَهُ، فإنَّهنَّ من الحقِّ».

وروي من حديث جابر أخرجه النسائي في الكبرى، كتاب عشرة النساء، باب: ملاعبة الرجل زوجته (٨٩٣٨).

وروي من حديث أبي هريرة أخرجه الحاكم (٢/ ١٠٤) (٢٤٦٨).

وروي من حديث عمر أخرجه الطبراني (٧/ ١٧٠) (٧١٨٣).

ولا بأسَ بِقَبُولِ هديَّةِ العبدِ التَّاجِرِ، وإجابةِ دَعوتِهِ، واستعارةِ دابَّتِهِ، وتُكرَهُ كِسوَتُهُ الثَّوبَ، وهديَّتُهُ الدَّراهِمَ والدَّنانيرَ. ....

لنا: قوله ﷺ: «مَن لَعِبَ بالشِّطرنجِ والنَّردَشيرِ، فكأنَّما غَمَسَ يدَهُ في دمِ الخنزيرِ»[1]، ولأنَّه نوعُ لَعِبٍ يَصُدُّ عن ذكرِ اللهِ، وعن الجُمَعِ والجَماعاتِ، فيكونُ حراماً؛ لقوله ﷺ: «ما ألهاكَ عن ذِكْرِ اللهِ فهو مَيْسِرٌ»[2].

ثمَّ إن قامَرَ به تَسقُطُ عدالَتُهُ، وإن لم يُقامِرْ لا تَسقُطُ؛ لأنَّه مُتأوِّلٌ فيه.

وكَرِهَ أبو يوسف ومحمَّدٌ التَّسليمَ عليهم تحذيراً لهم، ولم يَرَ أبو حنيفة رَحِمَهُ اللهُ به بأساً؛ لِيَشغَلَهم عمَّا هم فيه.

قال: (ولا بأسَ بِقَبُولِ هديَّةِ العبدِ التَّاجِرِ، وإجابةِ دَعوتِهِ، واستعارةِ دابَّتِهِ. وتُكرَهُ كِسوَتُهُ الثَّوبَ، وهديَّتُهُ الدَّراهِمَ والدَّنانيرَ)، وهذا استحسانٌ. وفي القياس: كلُّ ذلك باطلٌ؛ لأنَّه تبرُّعٌ، والعبدُ ليس من أهلِهِ.

---

(1) الحديث غريب بهذا اللفظ، وأخرجه مسلم في الشِّعر، باب: تحريم اللعب بالنردشير (٢٢٦٠) عن بُريدةَ أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «مَن لَعِبَ بالنَّردشيرِ فكأنَّما صَبَغَ يدَهُ في لَحمِ خنزيرٍ ودَمِهِ».
وأحاديث الشِّطرنج: أخرج العقيلي في ضعفائه من حديث أبي هريرة قال: مرَّ رسولُ الله ﷺ بقومٍ يلعبون بالشِّطرنج، فقال: «ما هذه الكوبة؟ ألم أنْهَ عنها؟! لَعَنَ اللهُ مَنْ يَلعَبُ بها»، وأعلَّه بمطهر بن الهيثم، وقال: إنه منكر الحديث.
وروى ابن حبان في كتاب الضعفاء من حديث واثلةَ بنِ الأسقَعِ عن النَّبيِّ ﷺ، قال: «إنَّ لله عَزَّ وَجَلَّ في كلِّ يومٍ ثلثمائة وستِّينَ نظرةً، لا يَنظُرُ فيها إلى صاحبِ الشَّاه» يعني: الشِّطرنج. ثمَّ قال: ومحمَّد ابنُ الحَجَّاج، أبو عبد الله المصغر، مُنكَر الحديث جداً، لا تحلُّ الرِّواية عنه. انظر تتمَّته في نصب الرَّاية.

(2) غريبٌ مرفوعاً، ورواه أحمد في كتاب الزهد عن القاسم بن محمد قال: «كلُّ ما ألهى عن ذكر اللهِ، وعن الصَّلاةِ فهو مَيسِرٌ».
ورواه البيهقي في شعب الإيمان، في الباب الحادي والأربعين، عن عبد الله بن عمر أنَّه قال للقاسم بن محمَّد: هذه النَّرد تَكرهُونَها، فما بال الشِّطرنج؟ قال: كلُّ ما ألهى عن ذكرِ اللهِ، وعن الصَّلاة، فهو الميسر. نصب الراية

وَمَنْ كانَ في يَدِهِ لَقِيطٌ لا أبَ له، فإنَّه يَجوزُ قَبْضُهُ الهِبةَ والصَّدَقَةَ له، ....

وجهُ الاستحسان: أنَّه ﷺ قَبِلَ هديَّةَ سَلمان رضي الله عنه حين كان عبداً[1]، وقَبِلَ هديَّةَ بَريرةَ رضي الله عنها وكانت مُكاتَبَةً[2]، وأجابَ رَهْطٌ من الصَّحابةِ رضي الله عنهم دعوةَ مَولَى أبي أُسَيد، وكان عبداً[3]، ولأنَّ في هذه الأشياءِ ضرورةً لا يَجِدُ التَّاجرُ بدّاً منها، ومَنْ مَلَكَ شيئاً يَملِكُ ما هو من ضَروراتِهِ، ولا ضَرورةَ في الكِسوةِ وإهداءِ الدَّراهمِ، فبقي على أصل القياسِ.

قال: (ومَنْ كانَ في يَدِهِ لَقِيطٌ لا أبَ له، فإنَّه يَجوزُ قَبْضُهُ الهِبةَ والصَّدَقَةَ له)، وأصلُ هذا أنَّ التَّصرُّفَ على الصِّغارِ أنواعٌ ثلاثةٌ:

- نوعٌ هو من بابِ الوِلايةِ، لا يَملِكُهُ إلَّا مَنْ هو وَليٌّ، كالإنكاحِ والشِّراءِ والبيعِ لأموالِ القِنيةِ[4]؛ لأنَّ الوليَّ هو الذي قام مَقامَهُ بإنابةِ الشَّرع.

- ونوعٌ آخر ما كانَ من ضَرورةِ حالِ الصِّغارِ، وهو شِراءُ ما لا بُدَّ للصَّغيرِ منه وبَيعُهُ وإجارةُ الأظآرِ. وذلك جائزٌ مِمَّن يَعُولُه ويُنفِقُ عليه، كالأخِ والعَمِّ والأمِّ والمُلتقِطِ إذا كان في حِجرِهِم.

---

(١) أخرجه ابن حبان ضمن حديث طويل، في كتاب إخباره ﷺ عن مناقب أصحابه (٧١٢٤)، والحاكم (١٦/ ٦٤) (٧١٢٤).

(٢) حديث بريرة في الكتب السِّتَّة، وهو عند البخاري في الهبة والصدقة، باب: قبول الهدية (٢٤٣٨)، ومسلم في الزكاة، باب: إباحة الهدية للنبي (١٠٧٤)، واللفظ له عن أنس بن مالك قال: أهدَتْ بَريرةُ إلى النَّبيِّ ﷺ لحماً تُصُدِّقَ به عليها، فقال: «هو لها صدقةٌ، ولنا هديَّةٌ».

(٣) استدلَّ المصنِّفُ به على جواز إجابةِ دعوةِ العبدِ، وفيه حديث مرفوع أخرجه الترمذي في الجنائز، باب (٣٢) برقم (١٠١٧) عن أنس بن مالك قال: «كان رسولُ الله ﷺ يَعودُ المريضَ، ويَشهَدُ الجَنازةَ، ويَركَبُ الحمارَ، ويُجيبُ دعوةَ العبدِ، وكان يومَ بني قُرَيظةَ على حمارٍ مَخطُومٍ بِحَبلٍ من لِيفٍ، عليه إكافُ لِيفٍ».

(٤) أموالُ القِنيةِ ما يكون لِلنَّسلِ لا للتِّجارة. عناية.

ولا يَجوزُ لِلمُلتَقِطِ أنْ يُؤاجِرَهُ. ويَجوزُ لِلأمِّ أنْ تُؤاجِرَ ابنَها إذا كان في حِجْرِها، ولا يَجوزُ لِلعَمِّ، ولو أَجَّرَ الصَّبيُّ نفسَهُ لا يَجوزُ إلَّا إذا فَرَغَ من العَمَلِ. ويُكرَهُ أنْ يَجعَلَ الرَّجلُ في عُنُقِ عَبدِهِ الرَّايةَ، ولا يُكرَهُ أنْ يُقيِّدَهُ. ....

وإذا مَلَكَ هؤلاءِ هذا النَّوعَ فالوَليُّ أولى به، إلَّا أنَّه لا يُشترطُ في حقِّ الوليِّ أن يكونَ الصَّبيُّ في حِجْرِهِ.

- ونوعٌ ثالثٌ ما هو نَفْعٌ مَحْضٌ، كَقُبولِ الهبةِ والصَّدقةِ والقَبضِ، فهذا يَملِكُهُ المُلتقِطُ والأخُ والعَمُّ والصَّبيُ بِنَفسِهِ إذا كان يَعقِلُ؛ لأنَّ اللائقَ بالحكمةِ فَتْحُ بابِ مثلِهِ نظَراً للصَّبيِّ، فَيَملِكُ بالعقلِ والولايةِ والحِجْرِ، وصار بمنزلةِ الإنفاقِ.

قال: (ولا يَجوزُ لِلمُلتَقِطِ أنْ يُؤاجِرَهُ، ويَجوزُ لِلأمِّ أنْ تُؤاجِرَ ابنَها إذا كان في حِجْرِها، ولا يَجوزُ لِلعَمِّ)؛ لأنَّ الأمَّ تَملِكُ إتلافَ مَنافِعِهِ باستخدامٍ، ولا كذلكَ المُلتَقِطُ والعمُّ.

(ولو أَجَّرَ الصَّبيُّ نفسَهُ لا يَجوزُ)؛ لأنَّه مَشُوبٌ بِالضَّررِ، (إلَّا إذا فَرَغَ من العَمَلِ[1])؛ لأنَّ عند ذلك تَمَحَّضَ نفعاً، فيجبُ المُسمَّى، وهو نَظيرُ العبدِ المَحجورِ يُؤاجِرُ نفسَهُ، وقد ذكرناه.

قال: (ويُكرَهُ أنْ يَجعَلَ الرَّجلُ في عُنُقِ عَبدِهِ الرَّايةَ)، ويُروى «الدَّاية»، وهو طَوقُ الحديدِ الذي يَمنَعُهُ من أنْ يُحرِّكَ رأسَهُ، وهو مُعتادٌ بينَ الظَّلمةِ؛ لأنَّه عقوبةُ أهلِ النَّارِ فَيُكره كالإحراقِ بالنَّارِ.

(ولا يُكرَهُ أنْ يُقيِّدَهُ)؛ لأنَّه سنَّةُ المسلمين في السُّفهاءِ وأهلِ الدَّعارةِ، فلا يُكرَه في العبدِ تَحرُّزاً عن إباقِهِ، وصيانةً لمالِهِ.

---

(١) يعني: ومع هذا لو أجَّر نفسَهُ وأدَّى العمَلَ المُستَحَقَّ عليه، وجب المُسمَّى استحساناً. بناية.

ولا بأسَ بالحُقنةِ يُرِيدُ بهِ التَّداوي. ولا بأسَ بِرزقِ القاضي.

قال: (ولا بأسَ بالحُقنةِ يُرِيدُ بهِ التَّداوي)؛ لأنَّ التَّداوي مُباحٌ بالإجماع، وقد ورَدَ بإباحتِهِ الحديثُ[1].

ولا فرقَ بينَ الرِّجالِ والنِّساءِ، إلَّا أنَّه لا ينبغي أنْ يَستعمِلَ المُحرَّمَ، كالخمرِ ونحوِها؛ لأنَّ الاستشفاءَ بالمُحرَّمِ حرامٌ.

قال: (ولا بأسَ بِرزقِ القاضي)؛ لأنَّه ﷺ بعَثَ عتَّابَ بنَ أُسَيد إلى مكَّةَ وفرَضَ له[2]،

(١) أخرج الترمذي في الطِّبِّ، باب: الدواء والحثِّ عليه (٢٠٣٨)، والنسائي في الكبرى، كتاب الطب، باب: الأمر بالدَّواء (٧٥٥٣)، وأبو داود في الطب، باب: في الرجل يتداوى (٣٨٥٥)، وابن ماجه في الطِّبِّ، باب: ما أنزل الله داءً إلا أنزل له شفاءً (٣٤٣٦) عن أسامة بن شريك قال: قالتِ الأعرابُ يا رسولَ اللهِ ألا نَتداوى؟ قال: «نعم يا عبادَ اللهِ تَداوُوا؛ فإنَّ اللهَ لم يَضَعْ داءً إلَّا وَضَعَ له شِفاءً - أو قال: دواء - إلَّا داءً واحداً» قالوا: يا رسول الله وما هو؟ قال: «الهَرَمُ».

(٢) قال الزيلعي: غريب، وأخرج الحاكم (٣/ ٦٨٧) (٦٥٢٢) عن مصعب بن عبد الله الزبيري قال: استعمل رسولُ الله ﷺ عتَّاباً على مكَّة، ومات رسول الله ﷺ و عتَّاب عامِلُهُ على مكَّة، وتوفِّي عتَّابُ بن أسيد بمكَّة في جمادى الآخرى سنة ثلاث عشرة.
وأخرج برقم (٦٥٢٤) عن عمرو بن أبي عقرب قال: سمعتُ عَتَّابَ بنَ أُسيد رضي الله عنه وهو مُسنِدٌ ظهرَهُ إلى بيتِ اللهِ يقول: واللهِ ما أصبتُ في عملي هذا الذي ولَّاني رسولُ الله ﷺ إلَّا ثوبين مُعقدين، فكَسَوتُهما كَيسانَ مولاي.
قال في البناية: كيف يقول: «هذا غريب» وقد أخرج البيهقي في سننه، كتاب قسم الفيء، باب: باب ما يكون للوالى الأعظم ووالى الإقليم من مال الله (١٣٤٠٢) عن الزُّهريِّ قال: رَزَقَ رسولُ الله ﷺ عَتَّابَ بن أُسيد حينَ استعمَلَه على مكَّة أربعين أوقيَّة في كلِّ سنة.
فإن قلت: قال الذَّهبيُّ في مختصره: لم يصحَّ هذا.
قلت: روى البيهقيُّ (١٣٤٠٣) عن جابر أنَّ رسولَ الله ﷺ استعمَلَ عَتَّاب بنَ أُسيد على مكةَ، وفَرَضَ له عَمالتَهُ أربعين أُوقيَّةً من فضَّةٍ.
وينبغي أن لا يُشكَّ في صحَّةِ هذا؛ فإنَّ الذي يعملُ عملاً يحتاجُ إلى كفايتِهِ وكفايةِ عيالِهِ. انظر تتمتَهُ، بناية (١١/ ٣٠٨)

وبعَثَ علياً إلى اليمنِ وفَرَضَ له[1]، ولأنَّه مَحبوسٌ لِحَقِّ المسلمين، فتكونُ نفقَتُهُ في مالِهِم، وهو مالُ بيتِ المالِ، وهذا لأنَّ الحبسَ من أسبابِ النَّفقةِ كما في الوصيِّ والمُضارِبِ إذا سافَرَ بمالِ المضارَبَةِ، وهذا فيما يكون كفايةً، فإنْ كان شرطاً فهو حرامٌ؛ لأنَّه استئجارٌ على الطَّاعة، إذِ القضاءُ طاعةٌ، بل هو أفضَلُها.

ثمَّ القاضي إذا كان فقيراً: فالأفضلُ، بل الواجبُ الأخذُ؛ لأنَّه لا يُمكِنُهُ إقامةُ فرضِ القضاءِ إلَّا به، إذِ الاشتغالُ بالكَسبِ يُقعِدُهُ عن إقامتِهِ، وإن كان غنيّاً فالأفضلُ الامتناعُ على ما قيل رِفقاً ببيتِ المالِ. وقيل: الأخذُ، وهو الأصحُّ، صيانةً للقَضاءِ عن الهَوانِ، ونظَراً لِمَنْ يُولَّى بعدَهُ من المُحتاجِينَ؛ لأنَّه إذا انقَطَعَ زماناً يَتعذَّرُ اعادتُهُ.

ثمَّ تسميتُهُ رِزقاً يدلُّ على أنَّه بِقَدرِ الكفايةِ، وقد جرى الرَّسم[2] بإعطائِهِ في أوَّلِ السَّنةِ؛ لأنَّ الخَراجَ يُؤخَذُ في أوَّلِ السَّنةِ، وهو يُعطَى منه، وفي زمانِنا الخَراجُ يُؤخَذُ في آخرِ السَّنةِ، والمأخوذُ من الخَراجِ خَراجُ السَّنةِ الماضيةِ، هو الصَّحيح.

ولو استوفى رِزقَ سنةٍ وعُزِلَ قبلَ استكمالِها؟ قيل: هو على اختلافٍ مَعروفٍ في نفقةِ المرأةِ إذا ماتت في السَّنةِ بعد استعجالِ نفقةِ السَّنةِ، والأصحُّ أنَّه يجب الرَّدُّ.

---

(١) في البناية: بَعْثُه ﷺ علياً إلى اليمن صحيحٌ، وأمَّا فرضُه له فلم يثبتْ عندَ أهل النَّقلِ، ولكن الكلامُ فيه كالكلام في قصَّةِ عتَّاب بن أسيد.
أمَّا بعثُهُ فقد رواه أبو داود في الأقضية، باب: كيف القضاء (٣٥٨٢) عن عليٍّ قال: بعثني رسولُ الله ﷺ إلى اليمن قاضياً، فقلتُ: يا رسولَ اللهِ تُرسِلُني وأنا حديثُ السِّنِّ ولا عِلمَ لي بالقضاء؟ فقال: «إنَّ الله سَيَهدي قلبَكَ، ويُثبِّتُ لسانَكَ، فإذا جلَسَ بينَ يديكَ الخَصمانِ فلا تَقضِيَنَّ حتَّى تسمَعَ من الآخَرِ كما سمعتَ من الأوَّلِ؛ فإنَّه أحرى أن يَتبيَّنَ لك القضاءُ»، قال: فما زِلتُ قاضياً، أو ما شككتُ في قضاءٍ بعدُ. انتهى

(٢) أي: العادةُ.

ولا بأسَ بأنْ تُسافِرَ الأَمَةُ وأمُّ الولدِ بِغَيرِ مَحْرَمٍ.

قال: (ولا بأسَ بأنْ تُسافِرَ الأمَةُ وأمُّ الولدِ بِغَيرِ مَحْرَمٍ)؛ لأنَّ الأجانبَ في حقِّ الإماءِ فيما يَرجِعُ إلى النَّظرِ والمَسِّ بمنزلةِ المَحارمِ، على ما ذكرنا من قبل[1]، وأمُّ الولدِ أمَةٌ لقيامِ المِلْكِ فيها وإنِ امتَنَعَ بَيعُها.



(١) إشارةً إلى ما ذَكَر من قبلُ في فصل الاستبراء، بقوله: «وأمَّا الخلوة بها والمسافرةُ فقد قيل: يُباح كما في المحارم»، انظر ص (٢٤٤).

كتاب إحياء الموات

المَواتُ: ما لا يُنتَفَعُ به من الأراضي؛ لانقطاعِ الماءِ عنه، أو لِغَلَبةِ الماءِ عليه، أو ما أشبَهَ ذلك مِمَّا يَمنَعُ الزِّراعةَ، فَما كان منها عادِيًّا، لا مالكَ له، أو كان مَملُوكاً في دارِ الإسلامِ، لا يُعرَفُ له مالكٌ بِعَينِهِ، وهو بعيدٌ من القَريةِ، بحيثُ إذا وَقَفَ إنسانٌ من أقصى العامِرِ فَصاحَ لا يُسمَعُ الصَّوتُ فيه، فهو مَواتٌ، ......

(كتاب إحياء الموات)

قال: (المَواتُ: ما لا يُنتَفَعُ به من الأراضي؛ لانقطاعِ الماءِ عنه، أو لِغَلَبةِ الماءِ عليه، أو ما أشبَهَ ذلك مِمَّا يَمنَعُ الزِّراعةَ)، سُمِّي بذلك لِبُطلانِ الانتفاعِ به.

قال: (فَما كان منها عادِيًّا، لا مالكَ له، أو كان مَملُوكاً في دارِ الإسلامِ، لا يُعرَفُ له مالكٌ بِعَينِهِ، وهو بعيدٌ من القَريةِ، بحيثُ إذا وَقَفَ إنسانٌ من أقصى العامِرِ فَصاحَ لا يُسمَعُ الصَّوتُ فيه، فهو مَواتٌ).

قال ﷺ: هكذا ذكَرَه القدوريُّ، ومعنى «العادي» ما قَدُمَ خَرابُهُ.

والمَرويُّ عن محمد رحمه الله أنَّه يُشترطُ أن لا يكونَ مَملُوكاً لِمُسلم أو ذِمِّيٍّ، مع انقطاعِ الارتفاقِ بها؛ ليكونَ مَيتةً مُطلَقاً، فأمَّا التي هي مَملوكةٌ لِمُسلمٍ أو ذِمِّيٍّ لا تكون مَواتاً.

وإذا لم يُعرَفْ مالكُهُ تكونُ لجماعةِ المُسلمينِ، ولو ظَهَرَ له مالكٌ يُرَدُّ عليه، ويَضمَنُ الزَّارعُ نُقصانَها.

والبُعدُ عن القريةِ - على ما قال - شَرَطَهُ أبو يوسف؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ ما يكونُ قريباً من القريةِ لا يَنقطِعُ ارتفاقُ أهلِها عنه، فَيُدارُ الحُكمُ عليه[1].

---

(١) أي: على القُربِ الذي هو دليلُ الارتفاقِ.

ثُمَّ مَنْ أحياه بإذنِ الإمامِ مَلَكَهُ، وإنْ أحياهُ بِغَيرِ إذنِهِ لم يَملِكهُ عند أبي حنيفة، وقالا: يَملِكُهُ.

ومحمد رَحِمَهُ اللَّهُ اعتَبَرَ انقطاعَ ارتفاقِ أهلِ القريةِ عنها حقيقةً، وإنْ كان قريباً من القريةِ، كذا ذكَرَهُ الإمامُ المَعروفُ بِخُواهَر زادَهُ[1] رَحِمَهُ اللَّهُ، وشَمسُ الأئمَّةِ السَّرخسيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ اعتمَدَ على ما اختاره أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ.

(ثمَّ مَنْ أحياه بإذنِ الإمامِ مَلَكَهُ، وإنْ أحياهُ بِغَيرِ إذنِهِ لم يَملِكهُ عند أبي حنيفة، وقالا: يَملِكُهُ)؛ لقوله ﷺ: «مَن أحيا أرضاً ميتةً فهي له»[2]، ولأنَّه مالٌ مُباحٌ سبقَتْ يدُهُ إليه، فَيَملِكُه كما في الحَطَبِ والصَّيد.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ قولُهُ ﷺ: «ليس للمرءِ إلَّا ما طابَتْ نَفسُ إمامِهِ به»[3]، وما رَوَياه يَحتمِلُ أنَّه إذنٌ لقوم لا نَصبٌ لِشَرعٍ، ولأنَّه مَغنومٌ لِوُصولِهِ إلى يدِ المسلمينَ بإيجافِ الخيلِ والرِّكابِ، فليس لأحدٍ أن يَختَصَّ به بدونِ إذنِ الإمامِ، كما في سائر الغنائم.

ويجبُ فيه العُشرُ؛ لأنَّ ابتداءَ توظيفِ الخَراجِ على المُسلمِ لا يجوزُ، إلَّا إذا سقاه بماءِ الخراجِ؛ لأنَّه حينئذٍ يكون إبقاءَ الخراجِ على اعتبارِ الماءِ.

---

(١) بضم الخاء وفتح الواو والهاء، هكذا ضبطها السَّمعاني. اهـ الجواهر المضية (٢/ ١٨٤).

(٢) أخرج أبو داود في الخراج، باب: في إحياء الموات (٣٠٧٣)، والترمذي في الأحكام عن رسول الله، باب: إحياء الأرض الموات (١٢٩٩) عن سعيد بن زيد عن النَّبيِّ ﷺ قال: «من أحيى أرضاً ميتةً فهي له، وليس لِعِرْقِ ظالمٍ حَقٌّ».
وأخرج البخاري في المزارعة، باب: من أحيا أرضاً مواتاً (٢٢١٠) عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: عن النَّبيِّ ﷺ قال: «مَن أعمَرَ أرضاً ليست لأحدٍ فهو أحَقُّ»، قال عروةُ: قضى به عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في خلافته.
وفي الباب من حديث جابر بن عبد الله، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وفضالة بن عبيد، ومروان بن الحكم، وعمرو بن عوف، وابن عباس.

(٣) رواه الطبراني في الأوسط (٧/ ٢٣) (٦٧٣٩)، وفي الكبير (٤/ ٢٠) (٣٥٣٤) عن معاذ قال سمعت رسول الله ﷺ: «إنَّما للمرءِ ما طابتْ به نفسُ إمامِهِ».

ويَملِكُهُ الذِّمِّيُّ بالإحياءِ كما يَملِكُهُ المُسلِمُ. ومَنْ حَجَّرَ أرضاً ولم يَعْمُرْها ثلاثَ سِنينَ، أخَذَها الإمامُ ودَفَعَها إلى غَيرِهِ. ....

فلو أحياها، ثمَّ تَرَكَها، فزَرَعَها غيرُهُ، فقد قيل: الثَّاني أحقُّ بها؛ لأنَّ الأوَّلَ مَلَكَ استغلالَها لا رَقَبَتَها، فإذا تركَها كان الثَّاني أحقَّ بها، والأصحُّ أنَّ الأوَّلَ يَنزِعُها من الثَّاني؛ لأنَّه مَلَكَها بالإحياءِ على ما نَطَقَ به الحديثُ، إذِ الإضافةُ فيه بلامِ التَّمليكِ، ومِلكُهُ لا يزولُ بالتَّركِ.

ومَنْ أحيا أرضاً ميتةً ثمَّ أحاطَ الإحياءُ بِجَوانِبِها الأربعةِ مِنْ أربعةِ نَفَرٍ على التَّعاقُبِ، فعَنْ محمَّد: أنَّ طريقَ الأوَّلِ في الأرضِ الرَّابعةِ لِتَعيُّنِها لِتَطرُّقِهِ[1] وقَصدِ الرَّابعِ إبطالَ حقِّهِ.

قال: (ويَملِكُهُ الذِّمِّيُّ بالإحياءِ كما يَملِكُهُ المُسلِمُ)؛ لأنَّ الإحياءَ سببُ المِلكِ، إلَّا أنَّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ إذنَ الإمامِ من شَرطِهِ، فَيستويانِ فيه كما في سائرِ أسبابِ المِلْكِ، حتَّى الاستيلاءِ على أصلنا[2].

قال: (ومَنْ حَجَّرَ أرضاً ولم يَعْمُرْها ثلاثَ سِنينَ، أخَذَها الإمامُ ودَفَعَها إلى غَيرِهِ)؛ لأنَّ الدَّفعَ إلى الأوَّلِ كان لِيَعمُرَها، فَتَحصُلُ المنفعةُ للمسلمينَ من حيثُ العُشرُ أو الخَراجُ. فإذا لم تَحصُلْ يَدفَعْ إلى غيرِهِ تَحصيلاً للمقصودِ، ولأنَّ التَّحجيرَ ليس بإحياءٍ لِيَملِكَه به؛ لأنَّ الإحياءَ إنَّما هو العِمارةُ، والتَّحجيرُ الإعلامُ، سمِّي به لأنَّهم كانوا يُعلِّمونَهُ بِوَضعِ الأحجارِ حولَهُ، أو يُعلِّمونَهُ لِحَجرِ غيرِهِم عن إحيائِهِ، فبقي غيرَ مَملُوكٍ كما كان، هو الصَّحيح.

وإنَّما شُرِطَ تَركُ ثلاثِ سنينَ؛ لقول عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: ليس لِمُحتَجِرٍ بعدَ ثلاثِ سنينَ

---

(١) لأنَّه حين سكَتَ عن الأوَّلِ والثاني والثالثِ، صار الباقي طريقاً له، فإذا أحياه الرَّابعُ فقد أحيا طريقَهُ من حيثُ المعنى، فيكونُ له فيه طريق. عناية.

(٢) أي: حتَّى إنَّ الكافرَ إذا استولى على مال المسلم يملكُهُ على أصلنا كما يملكُهُ المسلم.

حقٌّ[١]. ولأنَّه إذا أعلَمَه لا بدَّ من زمانٍ يرجعُ فيه إلى وَطنِهِ، وزمانٍ يُهيِّئ أمورَهُ فيه، ثمَّ زمانٍ يَرجعُ فيه إلى ما يُحجِّرُه، فقدَّرناه بثلاثِ سنينَ؛ لأنَّ ما دونها من السَّاعاتِ والأيَّامِ والشُّهورِ لا يَفي بذلك، وإذا لم يَحضُرْ بعد انقضائِها فالظَّاهرُ أنَّه تركَها.

قالوا: هذا كلُّه دِيانةً، فأمَّا إذا أحياها غيرُهُ قبلَ مُضيِّ هذهِ المُدَّةِ، مَلَكَها لِتَحقُّقِ الإحياءِ منه دونَ الأوَّلِ، وصار كالاستيامِ، فإنَّه يُكرَهُ[٢]، ولو فعَلَ يجوزُ العقدُ[٣].

ثمَّ التَّحجيرُ قد يكونُ بغيرِ الحَجَرِ، بأنْ غَرَزَ حولَها أغصاناً يابسةً، أو نَقَّى الأرضَ، وأحرَقَ ما فيها من الشَّوكِ، أو خَضَدَ[٤] ما فيها من الحَشيشِ أو الشَّوكِ، وجَعَلَها حولَها وجَعَلَ التُّرابَ عليها من غيرِ أن يُتِمَّ المُسنَّاةَ[٥]؛ لِيَمتنِعَ النَّاسُ من الدُّخولِ، أو حَفَرَ من بئرٍ ذراعاً أو ذراعين، وفي الأخير وَرَدَ الخبرُ[٦].

---

(١) رواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن سعيد بن المُسيِّب، قال: قال عمر: «مَن أحيى أرضاً ميتةً فهي له، وليس لِمُحتَجِرٍ حقٌّ بعد ثلاثِ سنين». نصب الراية (٤/ ٢٩٠).

(٢) أي: صار كالاستيام في باب البيع، إلَّا أنَّه يكره لورود النَّهي.

(٣) أي: ولو فعل الاستيام في باب البيع جاز العقدُ، فكذا هنا وإن كان يكره. بناية.

(٤) أي: قطع.

(٥) «المسنَّاة» هو ما يُبنى للسَّيل لِيَرُدَّ الماءَ. عناية.

(٦) أخرج البيهقي في الكبرى من طريق الإمام الشَّافعيِّ، كتاب إحياء الموات، باب: ما يكون إحياء وما يُرجَى فيه من الأجر (١٢١٦٧) عن علقمةَ بنِ نَضلَةَ، أنَّ أبا سفيانَ بنَ حرب قامَ بِفِناءِ دارِهِ فضَرَبَ برجلِهِ وقال: سَنامُ الأرضِ إنَّ لها سَناماً، زعَمَ ابنُ فَرْقَد الأسلمي أنِّي لا أعرفُ حقِّي من حقِّه، لي بياضُ المَروةِ وله سَوادُها، ولي ما بينَ كذا إلى كذا، فبلَغَ ذلك عمرَ بنَ الخطَّاب رضي الله عنه فقال: ليس لأحدٍ إلَّا ما أحاطَتْ عليه جُدرانه، إنَّ إحياءَ المواتِ ما يكونُ زَرْعاً، أو حَفْراً، أو يُحاطُ بالجُدران.

قال الشَّيخُ: قوله: «إنَّ إحياءَ المواتِ ...» إلى آخرِهِ، أظنُّهُ من قَولِ الشَّافعيِّ، فقد رواه الحُميديُّ عن عبد الرَّحمنِ بن الحَسَنِ دونَهُ، واللهُ أعلم.

ولا يَجوزُ إحياءُ ما قَرُبَ من العامِرِ، ويُترَكُ مَرعَىً لأهلِ القريةِ ومَطْرَحاً لِحَصائدِهِم. ومَنْ حَفَرَ بِئراً في بَرِّيَّةٍ فلَهُ حَرِيمُها، فإنْ كانَتْ للعَطَنِ فَحَرِيمُها أربعونَ ذراعاً، ..

ولو كَرَبَها[1] وسَقاها: فعن محمد أنَّه إحياءٌ، ولو فَعَلَ أحَدَهما يكونُ تَحجيراً، ولو حَفَرَ أنهارَها ولم يَسقِها يكونُ تحجيراً، وإنْ سقاها مع حَفرِ الأنهارِ كان إحياءً لِوُجودِ الفِعلين.

ولو حَوَّطَها، أو سَنَّمَها بحيثُ يَعصِمُ الماءَ، يكون إحياءً؛ لأنَّه من جملةِ البناء، وكذا إذا بَذَرَها.

قال: (ولا يَجوزُ إحياءُ ما قَرُبَ من العامِرِ، ويُترَكُ مَرعَىً لأهلِ القريةِ ومَطْرَحاً لِحَصائدِهِم)؛ لِتحقُّقِ حاجتِهِم إليها حقيقةً[2] أو دِلالةً[3] على ما بيَّنَّاه[4]، فلا يكون مواتاً لِتعلُّقِ حقِّهِم بها، بمنزلةِ الطَّريقِ والنَّهرِ.

على هذا[5] قالوا: لا يجوزُ للإمامِ أن يُقطِعَ ما لا غِنَى بالمسلمين عنه، كالمِلْحِ والآبارِ التي يَستقي النَّاسُ منها؛ لِما ذكرنا[6].

قال: (ومَنْ حَفَرَ بِئراً في بَرِّيَّةٍ فلَهُ حَرِيمُها[7])، ومعناه: إذا حَفَرَ في أرضٍ مَواتٍ بإذنِ الإمامِ عندَهُ، أو بإذنِهِ وبغيرِ إذنِهِ عندهما؛ لأنَّ حَفْرَ البئرِ إحياءٌ.

قال: (فإنْ كانَتْ للعَطَنِ[8] فَحَرِيمُها أربعونَ ذراعاً)؛ لقوله ﷺ: «مَن حَفَر بِئراً فله

---

(١) من «كَرَبَ الأرضَ» إذا قلَّبها للحراثة. بناية.

(٢) أي: لتحقُّقِ حقيقةِ الحاجةِ، وهذا عند محمد. عناية.

(٣) أي: لوجود دليلِ الحاجةِ، وهذا عند أبي يوسف. عناية.

(٤) إشارةً إلى قوله: «ومحمد اعتبَرَ انقطاعَ ارتفاقِ أهلِ القريةِ عنها حقيقةً» انظر ص (٢٨٢).

(٥) أي: على ما ذكرنا من تعلُّقِ حقِّ النَّاسِ قال المشايخ ...

(٦) إشارةً إلى قولهِ: «لتحقُّقِ حاجتِهِم إليها حقيقةً ودلالةً».

(٧) في المصباح: حريمُ الشَّيءِ ما حوله من حُقوقِهِ ومَرافِقِهِ، يُسمَّى به لأنَّه حَرُم على غَيرِ مالكِهِ.

(٨) العَطَن: مَناخُ الإبل ومَبرَكُها حولَ الماء. والمراد من بئرِ العَطَنِ البئرُ الذي يُستقى منها باليدِ، ومن بئر النَّاضحِ البئرُ التي يُستقَى منها بالعير. الدر المختار

وإنْ كانتْ لِلنَّاضِحِ فَحرِيمُها سِتُّونَ ذِراعاً، وهذا عندهما، وعند أبي حنيفة أربعون ذراعاً، ....

مِمَّا حولَها أربعون ذِراعاً عَطَناً لِماشيتِهِ»[1].

ثمَّ قيل: الأربعون من كلِّ الجوانب. والصَّحيحُ أنَّه من كلِّ جانبٍ؛ لأنَّ في الأراضي رِخوَةً ويَتحوَّلُ الماءُ إلى ما حُفِرَ دُونَها.

(وإنْ كانتْ لِلنَّاضِحِ[2] فَحرِيمُها سِتُّونَ ذِراعاً، وهذا عندهما. وعند أبي حنيفة أربعون ذراعاً).

لهما: قوله ﷺ: «حَرِيمُ العَينِ خَمسُمائةِ ذراعٍ، وحَرِيمُ بِئرِ العَطَنِ أربعونَ ذراعاً، وحريمُ بئرِ النَّاضحِ سِتُّونَ ذراعاً»[3]، ولأنَّه قد يَحتاجُ فيه إلى أن يُسيِّرَ دابَّتَهُ للاستقاءِ، وقد يَطولُ الرِّشاءُ، وبِئرُ العَطَنِ للاستقاءِ منه بِيَدِهِ فقَلَّتِ الحاجةُ، فلا بدَّ من التَّفاوت.

وله: ما روينا[4] من غيرِ فَصْلٍ، والعامُّ المُتَّفقُ على قَبولِهِ والعَملِ به، أولى عنده

(١) أخرج (٢/ ٤٩٤) (١٠٤١٦)، والبيهقي في الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب: ما جاء في حريم الآبار (١٢٢١٤)، ابن ماجه في الرُّهون، باب: حريم البئر (٢٤٨٦) عن عبد الله بن مغفل أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «مَن حَفَر بئراً فله أربعون ذراعاً عَطَناً لماشيتِهِ».

(٢) «النَّاضح» بعيرٌ يَنضَحُ العَطَنَ، أي: يَبلُّهُ بالماء الذي يَحمِلُهُ، ثمَّ استُعمِلَ في كلِّ بعيرٍ وإنْ لم يَحمِلِ الماءَ. مصباح بتصرف

(٣) هذا الحديثُ متَّصلاً لم يصحَّ، وإنَّما رواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن الحسن بن عمارة، عن الزهريِّ. بناية

وأخرج أبو داود في مراسيله، باب: ما جاء في الحريم (٤٠٢) عن سعيد بن المسيِّب قال: قال رسولُ اللهِ ﷺ: «حريمُ البئرِ العاديَّةِ خمسونَ ذراعاً، وحريمُ بئرِ البدي خمسٌ وعشرونَ ذراعاً»، قال: سعيدُ ابنُ المسيِّب من قِبَلِ نفسِهِ: وحريمُ قَليبِ الزَّرعِ ثلاثُ مئةِ ذراعٍ.

وفي الحديث (٤٠٣) زاد الزهري: وحريمُ العينِ خمسُ مئةِ ذراعٍ من كلِّ ناحية، فهذا حريمُ ما يأذَنُ به السُّلطانُ من الحَفائرِ، إلَّا أن يكونَ لقومٍ في أرضٍ أسلَمُوا عليها أوِ ابتاعوها.

(٤) أراد قوله ﷺ: «مَن حَفَر بئراً فله أربعونَ ذراعاً عَطَناً لماشيتِهِ»، المتقدِّم.

وإنْ كانت عيناً فَحَرِيمُها خَمسُمائةِ ذراعٍ، فَمَنْ أرادَ أنْ يَحفِرَ في حَرِيمِها مُنِعَ منه،

من الخاصِّ المُختَلَفِ في قَبولِهِ والعَملِ به، ولأنَّ القياسَ يأبى استحقاقَ الحريم؛ لأنَّ عمَلَهُ في مَوضعِ الحَفرِ، والاستحقاقُ به، ففيما اتَّفق عليه الحديثان تركناه[1]، وفيما تَعارَضا فيه حَفِظناه؛ ولأنَّه قد يَستقي من العَطَنِ بالنَّاضِحِ، ومن بئرِ النَّاضِحِ باليدِ، فاستوَتِ الحاجةُ فيهما، ويُمكِنُهُ أن يُديرَ البعيرَ حولَ البئرِ، فلا يَحتاجُ فيه إلى زيادةِ مسافةٍ.

قال: (وإنْ كانت عيناً فَحَرِيمُها خَمسُمائةِ ذراعٍ) لِما روينا، ولأنَّ الحاجةَ فيه إلى زيادةِ مسافةٍ؛ لأنَّ العينَ تُستخرَجُ للزِّراعةِ، فلا بدَّ من مَوضعٍ يَجري فيه الماءُ، ومن حَوضٍ يَجتمِعُ فيه الماءُ، ومن مَوضعٍ يَجري فيه إلى المَزرعةِ، فلهذا يُقدَّرُ بالزِّيادةِ، والتَّقديرُ بخمسمائةٍ بالتَّوقيفِ.

والأصحُّ أنَّه خمسُمائةِ ذراعٍ من كلِّ جانبٍ، كما ذكرنا في العَطَنِ، والذِّراعُ هي المُكسَّرةُ[2]، وقد بيَّنَّاه من قبلُ[3].

وقيل: إنَّ التَّقدير في العَينِ والبئرِ بما ذكرناه في أراضِيهِم لِصَلابةٍ بها، وفي أراضينا رَخاوةٌ، فَيَزادُ كي لا يَتحوَّلَ الماءُ إلى الثَّاني، فيتعطَّلُ الأوَّل.

قال: (فَمَنْ أرادَ أنْ يَحفِرَ في حَرِيمِها مُنِعَ منه)، كي لا يُؤدِّي إلى تَفويتِ حقِّهِ والإخلالِ بهِ، وهذا لأنَّه بالحَفْرِ مَلَكَ الحَريمَ ضرورةَ تَمكُّنِهِ من الانتفاعِ به، فليس لِغَيرِهِ أن يَتصَرَّفَ في مِلكِهِ.

---

(١) أي: تركنا القياس فيما اتَّفق عليه الحديثان، وهو أربعون ذراعاً.

(٢) يعني: أن يكون سِتَّ قَبَضاتٍ، وهو ذراعُ العامَّةِ، وإنَّما وُصِفَت بذلك لأنَّها نَقَصَت عن ذراعِ المَلِك، وهو بعضُ الأكاسرةِ بِقَبضةٍ. عناية.

(٣) إشارة إلى ما ذكَرَه في كتاب الطهارة من قوله: «بذراع الكِرباس تَوسِعَةً على النَّاس» فإنَّها هي المُكَسَّرة، انظر ص (١/ ٨٧).

والقَناةُ لها حَرِيمٌ بِقَدْرِ ما يُصلِحُها. ....

فإنِ احتفَرَ آخَرُ بِئراً في حدِّ حَريمِ الأوَّلِ، لِلأوَّلِ أن يُصلِحَهُ ويَكبِسَهُ تبرُّعاً، ولو أرادَ أخذَ الثَّاني فيه، قيل: له أن يَأخُذَه بكَبْسِهِ؛ لأنَّ إزالةَ جِنايةِ حفرِهِ بهِ كما في الكُناسةِ يُلقِيها في دارِ غيرِهِ، فإنَّه يُؤخَذُ بِرَفعِها، وقيل: يُضمِّنُه النُّقصانَ ثمَّ يَكبِسُهُ بنفسِهِ، كما إذا هَدَمَ جِدارَ غيرِهِ، وهذا هو الصَّحيحُ، ذكَرَهُ في أدب القاضي للخَصَّاف، وذَكَرَ طريقَ مَعرفةِ النُّقصانِ[1].

وما عَطِبَ في الأوَّلِ فلا ضَمانَ فيه؛ لأنَّه غيرُ مُتعَدٍّ، إنْ كان بإذنِ الإمامِ فظاهرٌ، وكذا إن كان بِغَيرِ إذنِهِ عندهما.

والعُذرُ لأبي حنيفة أنَّه يَجعَلُ الحَفْرَ تَحجيراً، وهو بِسَبيلٍ منه بغيرِ إذنِ الإمامِ، وإن كان لا يَملِكُهُ بدونِهِ[2].

وما عَطِبَ في الثَّانيةِ ففيه الضَّمانُ؛ لأنَّه مُتعدٍّ فيه، حيثُ حَفَرَ في مِلكِ غيرِهِ.

وإنْ حَفَرَ الثَّاني بِئراً وراءَ حَريمِ الأوَّلِ، فذَهَبَ ماءُ البئرِ الأوَّلِ، فلا شيءَ عليه؛ لأنَّه غيرُ مُتعدٍّ في حَفرِها، وللثَّاني الحريمُ من الجوانب الثَّلاثةِ، دونَ الجانبِ الأوَّلِ؛ لِسَبقِ مِلكِ الحافِرِ الأوَّلِ فيه.

(والقَناةُ لها حَريمٌ بِقَدْرِ ما يُصلِحُها)، وعن محمَّد: أنَّه بمنزلةِ البئرِ في استحقاقِ الحريم. وقيل: هو عندهما. وعنده: لا حريمَ لها ما لم يَظهرِ الماءُ على الأرض؛ لأنَّه نهرٌ في التَّحقيقِ، فيُعتَبَرُ بالنَّهرِ الظَّاهر.

قالوا: وعندَ ظهورِ الماءِ على الأرضِ، هو بمنزلةِ عَينٍ فَوَّارةٍ، فيُقدَّرُ حَريمُهُ بِخمسمائةِ ذراعٍ.

(١) وهو أن يُقوَّمَ الأوَّلُ قبلَ حَفرِ الثَّانيةِ وبعدَهُ، فيَضمَنُ نُقصانَ ما بينهما. عناية.

(٢) الحاصلُ أنَّ له ولايةَ التَّحجيرِ بغيرِ إذنِ الإمامِ، وإن لم يكن له الإحياءُ بغيرِ إذنِهِ، فيُجعلُ حفرُهُ بغيرِ إذنِ الإمامِ تحجيراً لا إحياءً، فإذا كان كذلك فقد فعل ما له فِعلُهُ، فلا يكونُ متعدِّياً، فلا يَضمنُ ما تولَّدَ فيه. بناية.

والشَّجرةُ تُغرَسُ في أرضٍ مَواتٍ، لها حَريمٌ أيضاً، حتَّى لم يكنِ لِغَيرِهِ أن يَغرِسَ شَجَراً في حَرِيمِها. وما تَرَكَ الفُراتُ أو الدَّجلةُ وعَدَلَ عنه الماءُ، ويَجوزُ عَودُهُ إليه، لم يَجُزْ إحياؤُهُ، وإنْ كانَ لا يَجوزُ أنْ يَعودَ إليه، فهو كالمَواتِ إذا لم يكنْ حَريماً لِعامِرٍ. ومَنْ كان له نَهْرٌ في أرضِ غيرِهِ، فليس له حَريمٌ عند أبي حنيفةَ إلَّا أنْ يُقيمَ بَيِّنةً على ذلك، وقالا: له مُسَنَّاةُ النَّهرِ، يَمشي عليها ويُلقِي عليها طِينَهُ.

(والشَّجرةُ تُغرَسُ في أرضٍ مَواتٍ، لها حَريمٌ أيضاً، حتَّى لم يكنِ لِغَيرِهِ أن يَغرِسَ شَجَراً في حَرِيمِها)؛ لأنَّه يحتاجُ إلى حريمٍ له يَجِدُ فيه ثَمرَهُ، ويَضَعُه فيه، وهو مُقدَّرٌ بخمسةِ أذرعٍ من كلِّ جانبٍ، به وَرَدَ الحديثُ[1].

قال: (وما تَرَكَ الفُراتُ أو الدَّجلةُ وعَدَلَ عنه الماءُ[2]، ويَجوزُ عَودُهُ إليه، لم يَجُزْ إحياؤُهُ)؛ لحاجةِ العامَّةِ إلى كونِهِ نهراً، (وإنْ كانَ لا يَجوزُ أنْ يَعودَ إليه، فهو كالمَواتِ إذا لم يكنْ حَريماً لِعامِرٍ)؛ لأنَّه ليس في مِلكِ أحدٍ، لأنَّ قَهْرَ الماءِ يَدفَعُ قَهْرَ غيرِهِ، وهو اليومَ في يدِ الإمامِ[3].

قال: (ومَنْ كان له نَهْرٌ في أرضِ غيرِهِ، فليس له حَريمٌ عند أبي حنيفةَ إلَّا أنْ يُقيمَ بَيِّنةً على ذلك، وقالا: له مُسَنَّاةُ النَّهرِ، يَمشي عليها ويُلقِي عليها طِينَهُ).

---

(١) أخرج أبو داود في كتاب الأقضية، أبواب من القضاء (٣٦٤٠) عن عبد العزيز بن محمد عن أبي طوالة، وعمرو بن يحيى عن أبيه عن أبي سعيد الخدري قال: اختَصَم إلى رسولِ اللهِ ﷺ رجلانِ في حَريمِ نَخلةٍ، في حديثِ أحدِهِما: فأمَرَ بها فَذُرِعَتْ، فَوُجِدتْ سبعةَ أذرعٍ، وفي حديثِ الآخَرِ: فَوُجِدَت خمسةَ أذرعٍ، فقَضَى بذلك، قال عبد العزيز: فأمَرَ بِجَريدةٍ من جَريدِها فَذُرِعَتْ.

وأخرج الحاكم في المستدرك (٤/ ١٠٩) (٧٠٤٠) عن عبادة بن الصَّامتِ رضي الله عنه قال: «قَضَى رسولُ الله ﷺ في النَّخلةِ والنَّخلتينِ والثَّلاثِ، فَيَختلفون في حُقوقِ ذلك، فقَضَى أنَّ لكلِّ نخلةٍ مَبلَغَ جَرِيدِها حريماً»، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه.

(٢) أي: انكشف عنه، وأخذ موضعاً غيرَهُ. بناية.

(٣) أي: ما عَدَل عنه الفراتُ أو دجلةُ هو في يدِ الإمامِ، فيقفُ إحياؤه على إذنِ الإمامِ. بناية.

قيل: هذه المسألةُ بناءً على أنَّ مَن حَفَرَ نهراً في أرضٍ مَواتٍ بإذنِ الإمامِ، لا يَستحِقُّ الحريمَ عنده. وعندهما: يَستحقُّه؛ لأنَّ النهرَ لا يُنتفَعُ به إلَّا بالحريمِ لحاجتِهِ إلى المَشي لِتَسييلِ الماء، ولا يُمكِنُه المَشيُ عادةً في بَطنِ النَّهرِ، وإلى إلقاءِ الطِّينِ، ولا يُمكِنُهُ النَّقلُ إلى مكانٍ بعيدٍ إلَّا بِحَرَجٍ، فيكونُ له الحريمُ اعتباراً بالبئرِ.

وله: أنَّ القياسَ يأباهُ على ما ذكرناه[1]، وفي البئرِ عَرفناهُ بالأثرِ، والحاجةُ إلى الحريمِ فيه فوقَها إليه في النَّهرِ؛ لأنَّ الانتفاعَ بالماءِ في النَّهرِ مُمكِنٌ بدونِ الحريمِ، ولا يُمكِنُ في البئرِ إلَّا بالاستقاءِ، ولا استقاءَ إلَّا بالحريمِ، فتَعذَّرَ الإلحاقُ.

ووجهُ البناءِ[2]: أنَّ باستحقاقِ الحريمِ تَثبُتُ اليدُ عليه اعتباراً تَبعاً للنَّهرِ[3]، والقولُ لصاحبِ اليدِ[4]، وبِعَدَمِ[5] استحقاقِهِ تنعدِمُ اليدُ، والظَّاهِرُ يَشهَدُ لصاحبِ الأرضِ، على ما نذكرُهُ إن شاء الله تعالى.

وإن كانت مسألةً مُبتدأةً[6]:

فلهما: أنَّ الحريمَ في يدِ صاحبِ النَّهرِ باستمساكِهِ الماءَ به[7]، ولهذا لا يَملِكُ صاحبُ الأرضِ نَقْضَه[8].

---

(١) يعني: قوله: «ولأنَّ القياس يأبى استحقاقَ الحريم ...» إلخ، انظر ص (٢٨٧).

(٢) أي: وجهُ بناءِ مسألةِ المُختصرِ على مسألة من أحيا نهراً.

(٣) أي: لأجل التَّبعيَّةِ للنَّهرِ الذي عليه اليدُ حقيقةً. بناية.

(٤) من قوله: «ووجه البناء» إلى «لصاحب اليد» بيانٌ لوجه البناء عند الصَّاحبين.

(٥) قوله: «وبعدم استحقاقه» إلخ، بيانٌ لوجه البناء عند الإمام.

(٦) يعني: وإن كانت مسألةُ من له نهرٌ في حريم غيرِهِ مسألةً ابتدائيَّةً، غيرَ مبنيَّةٍ على مسألة من أحيا نهراً في أرضٍ مواتٍ.

(٧) أي: بالحريم، فيكونُ مستعمِلاً لحريمِ النَّهر، والاستعمالُ يدٌ، فباعتبارِ أنَّه في يدِهِ جُعِلَ القولُ قولُهُ، كما لو تنازعا في ثوبٍ وأحدُهما لابسُهُ. بناية.

(٨) أي: نقضَ الحريم.

وله: أنَّه[1] أشبَهُ بالأرض صورةً ومعنى، أمَّا صورةً فلاستوائهما[2]، ومعنىً من حيثُ صلاحيَّتُهُ[3] لِلغَرسِ والزِّراعةِ، والظَّاهرُ شاهدٌ لِمَنْ في يدِهِ ما هو أشبَهُ به[4]، كاثنين تنازعا في مِصراعِ بابٍ ليس في يَدِهما، والمِصراعُ الآخَرُ مُعلَّقٌ على بابِ أحَدِهما، يُقضَى للذي في يدِهِ ما هو أشبَهُ بالمُتنازَعِ فيه[5].

والقضاءُ في مَوضِعِ الخلافِ قضاءُ تَركٍ[6].

ولا نزاعَ فيما به استمساكُ الماءِ[7]، إنَّما النِّزاعُ فيما وراءَهُ مِمَّا يَصلُحُ لِلغَرسِ، على أنَّه[8] إنْ كان مُستَمسِكاً به ماءُ نَهرِهِ، فالآخَرُ[9] دافِعٌ بِهِ الماءَ عن أرضِهِ.

والمانعُ من نَقضِهِ[10] تعلُّقُ حقِّ صاحبِ النَّهرِ، لا مِلكُهُ، كالحائطِ لِرَجلٍ ولآخَرَ

---

(١) أي: الحريم.

(٢) يشيرُ إلى أنَّ الخلافَ فيما إذا لم تكن المُسَنَّاةُ مُرتفعةً عن الأرض، فأمَّا إذا كانت المُسنَّاةُ أرفَعَ من الأرضِ فهي لصاحبِ النَّهرِ، لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ ارتفاعَهُ لإلقاءِ طينِهِ. عناية.

(٣) أي: الحريم.

(٤) أي: بالحريم.

(٥) وهو المصراعُ الذي ليس في يَدِ أحدِهما، فإنَّه أشبه بالمصراعِ الذي في باب أحدهما، فيُقضَى له؛ لأنَّ الظاهرَ يَشهدُ له. بناية.

(٦) أي: القضاءُ في مسألةِ مَنْ كان له نهرٌ في أرضِ غيرِهِ قضاءُ تَركٍ لا قضاءُ مِلكٍ واستحقاقٍ، فلو أقام صاحبُ النَّهرِ البيِّنَةَ بعد هذا على أنَّ المُسَنَّاةَ مِلكُهُ تُقبَلُ بيِّنتُهُ، ولو كان قضاءَ مِلكٍ لَما قُبِلَتْ بيِّنتُهُ؛ لأنَّ المَقضيَّ عليه في حادثةٍ قضاءَ مِلكٍ لا يَصيرُ مَقضيّاً له فيها. عناية
وقال تاج الشَّريعة: ويعني بقضاءِ التَّركِ أن يُترَكَ في يدِ صاحبِ الأرضِ، وعندهما: في يدِ صاحب النَّهر. والفرقُ بين التَّركِ وقضاءِ الإلزام: أنَّ في قضاءِ الإلزامِ من صار مَقضيّاً عليه في حادثةٍ لا يصيرُ مقضيّاً له بعدَ ذلك في تلك الحادثةِ أبداً، وفي قضاءِ التَّركِ يجوزُ أن يكونَ مقضيّاً له. وفرقٌ آخرُ: أنَّه لو ادَّعى ثالثٌ لا تُقبلُ بيِّنتُهُ في قضاء الإلزامِ إلَّا بالتَّلقِّي من جهةِ صاحب اليدِ، وفي قضاء التَّركِ تُقبل. بناية.

(٧) جوابٌ عن قولهما: «إنَّ الحريم في يدِ صاحبِ النَّهرِ باستمساكِهِ الماءَ به».

(٨) أي: صاحبُ النَّهر.

(٩) وهو صاحبُ الأرض.

(١٠) جوابٌ عن قولهما: ولهذا لا يملكُ صاحبُ الأرضِ نقضَه.

وفي الجامع الصَّغير: نهرٌ لرجلٍ إلى جِنَبِهِ مُسنَّاةٌ، ولآخَرَ خَلْفَ المُسَنَّاةِ أرضٌ تَلزَقُها، وليست المُسَنَّاةُ في يدِ أحَدِهما، فهي لصاحِبِ الأرضِ عند أبي حنيفة، وقالا: هي لصاحبِ النَّهرِ حريماً لِمُلقى طينِهِ وغيرِ ذلك.

عليه جُذُوعٌ، لا يَتمكَّنُ من نَقضِهِ وإنْ كان مِلكَهُ.

(وفي الجامع الصَّغير: نهرٌ لرجلٍ إلى جِنَبِهِ مُسنَّاةٌ، ولآخَرَ خَلْفَ المُسَنَّاةِ أرضٌ تَلزَقُها، وليست المُسَنَّاةُ في يدِ أحَدِهما، فهي لصاحِبِ الأرضِ عند أبي حنيفة، وقالا: هي لصاحبِ النَّهرِ حريماً لِمُلقى طينِهِ وغيرِ ذلك).

وقوله: «وليست المُسَنَّاةُ في يدِ أحدِهما» معناه: ليس لأحدِهما عليه غَرْسٌ ولا طِينٌ مُلقَى، فَيَنكشِفُ بهذا اللَّفظِ موضعُ الخلافِ، أمَّا إذا كان لأحدِهما عليه ذلك، فصاحِبُ الشَّغلِ أولى؛ لأنَّه صاحبُ يدٍ.

ولو كان عليه غَرْسٌ لا يُدرَى مَنْ غَرَسَه، فهو مِنْ مَواضِعِ الخلافِ أيضاً.

وثمرةُ الاختلافِ أنَّ ولايةَ الغَرْسِ لصاحِبِ الأرضِ عندَهُ، وعندهما لصاحِبِ النَّهرِ.

وأمَّا إلقاءُ الطِّينِ فقد قيل: إنَّه على الخِلافِ، وقيل: إنَّ لصاحِبِ النَّهرِ ذلك ما لم يَفْحُش.

وأمَّا المُرورُ فقد قيل: يُمنَعُ صاحبُ النَّهرِ عنده، وقيل: لا يُمنَعُ للضَّرورة.

قال الفقيه أبو جعفر: آخُذُ بقولِهِ في الغَرْسِ، وبقولِهما في إلقاءِ الطِّينِ.

ثمَّ عن أبي يوسف: أنَّ حَرِيمَهُ مِقدارُ نصفِ بَطنِ النَّهرِ من كلِّ جانبٍ. وعن محمد: مِقدارُ بَطنِ النَّهرِ من كلِّ جانبٍ. وهذا أرفقُ بالنَّاس.

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

وإذا كانَ لِرَجُلٍ نَهرٌ أو بِئرٌ أو قَناةٌ، فليس له أنْ يَمنَعَ شَيئاً مِنَ الشَّفَةِ. والشَّفَةُ: الشُّرْبُ لِبَني آدَمَ والبَهائِمِ.

(فصول في مسائل الشرب)

(فصل في المياه)

(وإذا كانَ لِرَجُلٍ نَهرٌ أو بِئرٌ أو قَناةٌ، فليس له أنْ يَمنَعَ شَيئاً مِنَ الشَّفَةِ. والشَّفَةُ: الشُّرْبُ لِبَني آدَمَ والبَهائِمِ).

اعلم أنَّ المياهَ أنواعٌ:

منها: ماءُ البِحارِ، ولكلِّ واحدٍ من النَّاسِ فيها حَقُّ الشَّفَةِ وسَقْيُ الأراضي، حتَّى إنَّ مَنْ أرادَ أن يَكريَ نَهراً منها إلى أرضِهِ لم يُمنَعْ من ذلك. والانتفاعُ بماءِ البحرِ كالانتفاعِ بالشَّمسِ والقمرِ والهواءِ، فلا يُمنَعُ من الانتفاعِ به على أيِّ وَجهٍ شاءَ.

والثَّاني: ماءُ الأوديةِ العِظامِ، كَجَيحون وسَيْحون ودِجلَةَ والفُراتِ، للنَّاسِ فيه حَقُّ الشَّفَةِ على الإطلاقِ وحَقُّ سَقْي الأراضي، فإنْ أحيا واحدٌ أرضاً مَيتةً وكَرَى منه نَهراً لِيَسقِيَها:

- إنْ كان لا يَضُرُّ بالعامَّةِ، ولا يكونُ النَّهرُ في مِلكِ أحَدٍ، له ذلك؛ لأنَّها مُباحةٌ في الأصلِ، إذ قَهْرُ الماءِ يدفعُ قَهْرَ غيرِهِ.

- وإنْ كان يَضُرُّ بالعامَّةِ فليس له ذلك؛ لأنَّ دَفْعَ الضَّررِ عنهم واجبٌ، وذلك في أن يَميلَ الماءُ إلى هذا الجانبِ إذا انكسَرَتْ ضِفَّتُهُ، فَيُغرِقُ القرى والأراضي. وعلى هذا نَصْبُ الرَّحى عليه؛ لأنَّ شَقَّ النَّهرِ لِلرَّحى كشَقِّهِ للسَّقي به.

والثَّالث: إذا دَخَلَ الماءُ في المَقاسِمِ[١]، فحَقُّ الشَّفَةِ ثابتٌ.

والأصلُ فيه قولُهُ ﷺ: «النَّاسُ شُركاءُ في ثلاثٍ: الماءُ، والكلأُ، والنَّار»[٢]، وأنَّه[٣] يَنتظِمُ الشِّربَ والشُّربَ[٤]، خُصَّ منه الأوَّل[٥] وبقي الثَّاني وهو الشَّفةُ[٦]، ولأنَّ البئرَ ونحوها[٧] ما وُضِعَ للإحراز، ولا يُملَكُ المُباحُ بدونِهِ، كالظَّبي إذا تَكنَّسَ[٨] في أرضِهِ، ولأنَّ في إبقاءِ الشَّفَةِ ضرورةً؛ لأنَّ الإنسانَ لا يُمكِنُهُ استصحابُ الماءِ إلى كلِّ مكانٍ، وهو مُحتاجٌ إليه لنفسِهِ وظَهرِهِ، فلو مُنِعَ عنه أفضَى إلى حَرَجٍ عظيمٍ.

وإنْ أرادَ رجلٌ أن يَسقيَ بذلك أرضاً أحياها، كان لأهلِ النَّهرِ أن يَمنَعُوهُ عنه، أضَرَّ بهم أو لم يَضُرَّ؛ لأنَّه حَقٌّ خاصٌّ لهم ولا ضرورةَ، ولأنَّا لو أبَحْنا ذلك لانقَطَعَتْ منفعَةُ الشِّرب.

والرَّابع: الماءُ المُحرَزُ في الأواني، وأنَّه صارَ مَملُوكاً له بالإحرازِ، وانقطَعَ حقُّ غيرِهِ عنه، كما في الصَّيدِ المأخوذِ، إلَّا أنَّه بَقِيتْ فيه شُبهَةُ الشَّركةِ نظَراً إلى الدَّليل، وهو ما روينا[٩]، حتَّى لو سَرَقَه إنسانٌ في مَوضِعٍ يَعِزُّ وُجودُهُ - وهو يساوي نصاباً - لم تُقطَعْ يدُهُ.

---

(١) أي: المَجاري المَملُوكةُ لِجَماعةٍ مَخصوصةٍ.

(٢) أخرج ابن ماجه في الرُّهون، باب: المسلمون شركاء في ثلاث (٢٤٧٢) عن ابن عباس قال: قال رسولُ الله ﷺ: «المسلمون شُرَكاءُ في ثلاثٍ: في الماءِ، والكلأ، والنَّار، وثَمَنُهُ حرامٌ».

(٣) أي: قوله: «شركاء».

(٤) «الشِّرب» بكسر الشِّين، وهو النَّصيبُ من الماء. و«الشُّرب» بضمِّ الشِّين وهو فِعْلُ الشَّارب. بناية.

(٥) أي: بالإجماع، وهو النَّصيبُ من الماء. بناية.

(٦) أي: «الشُّربُ» هو «الشَّفة».

(٧) كالحوض.

(٨) أي: دخل في الكِناسِ، وهو الموضعُ الذي تأوي إليه.

(٩) أراد قوله ﷺ: «المسلمون شركاء ...».

ولو كان البئرُ أو العينُ أو الحوضُ أو النَّهرُ في مِلكِ رجلٍ، له أن يَمنَعَ مَنْ يُريدُ الشَّفةَ من الدُّخولِ في مِلكِهِ، إذا كان يَجِدُ ماءً آخَرَ يَقرُبُ من هذا الماءِ في غيرِ مِلكِ أحَدٍ، وإنْ كان لا يَجِدُ يُقالُ لصاحِبِ النَّهرِ: إمَّا أنْ تُعطِيَهُ الشَّفةَ، أو تترُكَه يأخُذُ بنفسِهِ بِشَرْطِ أن لا يَكسِرَ ضَفَّتَه، وهذا مَرويٌّ عن الطَّحاويِّ.

وقيل: ما قالَهُ صحيحٌ فيما إذا احتَفَرَ في أرضٍ مملوكةٍ له. أمَّا إذا احتَفَرَها في أرضٍ مَواتٍ فليس له أن يَمنَعَهُ؛ لأنَّ المواتَ كان مُشتَرَكاً، والحَفْرُ لإحياءِ حقٍّ مُشتَرَكٍ، فلا يَقطَعُ الشَّركةَ في الشَّفةِ.

ولو مَنَعَهُ[١] عن ذلك وهو يَخافُ على نَفسِهِ أو ظَهرِهِ العَطَشَ، له أن يُقاتِلَهُ بالسِّلاحِ؛ لأنَّه قصَدَ إتلافَهُ بِمَنعِ حقِّهِ، وهو الشَّفة.

والماءُ في البئرِ مُباحٌ غيرُ مَملُوكٍ، بخلافِ الماءِ المُحرَزِ في الإناءِ حيثُ يُقاتِلُهُ بغيرِ السِّلاحِ؛ لأنَّه قد مَلَكَه، وكذا الطَّعامُ عند إصابةِ المَخْمَصَةِ.

وقيل: في البئرِ ونَحوِها الأولى أن يُقاتِلَهُ بغيرِ سلاحٍ بِعَصاً؛ لأنَّه ارتكَبَ معصيةً، فقامَ ذلك مَقامَ التَّعزيرِ له.

والشَّفةُ إذا كان يأتي على الماءِ كلِّه[٢]، بأنْ كان جَدولاً صغيراً، وفيما يَرِدُ من الإبلِ والمَواشي كثرةٌ يَنقطِعُ الماءُ بِشُربِها:

- قيل: لا يَمنَعُ منه؛ لأنَّ الإبلَ لا تَرِدُهُ في كلِّ وَقتٍ، وصار كالمُياوَمةِ، وهو سبيلٌ في قِسمَةِ الشِّرب.

- وقيل: له أن يَمنَعَ اعتباراً بِسَقْيِ المَزارعِ والمَشاجِرِ، والجامِعُ تَفويتُ حقِّه.

ولهم[٣] أن يأخذوا الماءَ منه لِلوُضوءِ وغَسلِ الثِّيابِ في الصَّحيحِ؛ لأنَّ الأمرَ بالوُضوءِ والغَسلِ فيه - كما قيل - يُؤدِّي إلى الحَرَجِ، وهو مَدفوعٌ.

---

(١) أي: منَعَهُ صاحبُ البئرِ، أو الحوضِ، أو النَّهر عن الدُّخول في ملكِهِ. بناية.

(٢) يعني: أنَّ شُربَ النَّاسِ والدَّوابِّ إذا كان يستأصلُ الماءَ.

(٣) أي: لأهل الشَّفةِ.

وإنْ أراد أن يَسقِيَ شَجَراً أو خُضراً في دارِهِ حَمْلاً بِجرارِهِ، له ذلك في الأصحِّ؛ لأنَّ النَّاسَ يَتوسَّعون فيه، ويَعدُّونَ المَنْعَ من الدَّناءةِ.

وليس له أن يَسقِيَ أرضَهُ ونَخْلَهُ وشَجَرَه من نهرِ هذا الرَّجلِ وبئرِهِ وقَناتِهِ إلَّا بإذنِهِ نَصّاً، وله أن يَمنَعَهُ من ذلك؛ لأنَّ الماءَ متى دخل في المَقاسِمِ[1] انقطَعَتْ شركةُ الشِّربِ بواحدةٍ[2]؛ لأنَّ في إبقائِهِ[3] قَطْعَ شِربِ صاحبِهِ، ولأنَّ المَسيلَ حَقُّ صاحِبِ النَّهرِ، والضَّفَّةُ تَعلَّقَ بها حقُّهُ، فلا يُمكِنُهُ التَّسبيل فيه ولا شَقُّ الضَّفَّةِ، فإن أذِنَ له صاحبُهُ في ذلك أو أعارَهُ فلا بأسَ به؛ لأنَّه حقُّه فتجري فيه الإباحةُ، كالماءِ المُحرَزِ في إنائِهِ.

فصل في كري الأنهار

قال ﷺ: الأنهارُ ثلاثةٌ:

- نهرٌ غيرُ مَملُوكٍ لأحدٍ، ولم يدخلْ ماؤُهُ في المَقاسِمِ بعدُ، كالفُراتِ ونحوِهِ.
- ونهرٌ مَملُوكٌ دخَلَ ماؤُهُ في القِسمةِ، إلَّا أنَّه عامٌّ.
- ونهرٌ مَملُوكٌ دَخَلَ ماؤُهُ في القِسمةِ، وهو خاصٌّ.

والفاصلُ بينهما استحقاقُ الشَّفةِ به وعَدَمِهِ.

فالأوَّلُ كَرْيُهُ على السُّلطانِ من بَيتِ مالِ المسلمين؛ لأنَّ مَنفَعةَ الكَرْيِ لهم، فتكونُ مُؤْنَتُهُ عليهِم، ويُصرَفُ إليه من مُؤْنةِ الخَراجِ والجِزيةِ، دونَ العُشُورِ والصَّدقاتِ؛ لأنَّ الثَّاني للفقراءِ والأوَّلَ للنَّوائبِ.

فإنْ لم يكن في بيتِ المالِ شيءٌ، فالإمامُ يُجبِرُ النَّاسَ على كَرْيِهِ إحياءً لِمَصلحةِ العامَّةِ؛ إذْ هم لا يُقيمُونَها بأنفسِهِم، وفي مِثلِه قال عمرُ ﷺ: «لو تُرِكتُمْ لَبِعتُمْ

---

(١) أي: متى دخل في قسمةِ رجلٍ بِعَينِهِ. عناية.

(٢) أي: بالكلِّيَّة. عناية.

(٣) أي: في إبقاء شركة الشِّربِ. والتَّذكيرُ باعتبار الاشتراك. بناية.

أولادَكُم[1]»، إلَّا أنَّه يُخرِجُ له مَن كان يُطيقُهُ ويَجعَلُ مُؤْنَتَهُ على المَياسِيرِ الذين لا يُطيقونَهُ بأنفسِهِم.

وأمَّا الثَّاني فَكَريُهُ على أهلِهِ لا على بيتِ المالِ؛ لأنَّ الحقَّ لهم، والمَنفعَةَ تَعودُ إليهم على الخُصوصِ والخُلُوصِ، ومَن أبى منهم يُجبَرُ على كَرْيِهِ دَفعاً للضَّرَرِ العامِّ، وهو ضَرَرُ بقيَّةِ الشُّركاءِ، وضَرَرُ[2] الآبي خاصٌّ ويُقابِلُه عِوَضٌ، فلا يُعارَضُ به.

ولو أرادوا أن يُحَصِّنوه خِيفَةَ الانبثاق[3]، وفيه ضَرَرٌ عامٌّ، كَغَرَقِ الأراضي وفسادِ الطُّرُقِ يُجبَرُ الآبي، وإلَّا فلا؛ لأنَّه مَوهومٌ، بخلافِ الكَرْيِ؛ لأنَّه معلومٌ.

وأمَّا الثَّالث - وهو الخاصُّ من كلِّ وجهٍ - فَكَريُهُ على أهلِهِ؛ لِما بيَّنَّا[4]، ثمَّ قيل: يُجبَرُ الآبي كما في الثَّاني، وقيل: لا يُجبَرُ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ من الضَّرَرينِ خاصٌّ، ويُمكِنُ دَفعُهُ عنهم بالرُّجوعِ على الآبي بما أنفقوا فيه إذا كان بأمرِ القاضي، فاستَوَتِ الجِهتانِ، بخلاف ما تقدَّم[5].

---

(1) معناه: لو تُركتم في مثلِ هذه النَّائبةِ التي تلحَقُ المسلمين، ولم يُجبَروا على إقامةِ المصلحةِ العامَّةِ في مثلِ هذه الصُّورةِ، لفسدت مياهُ المسلمين، ولم يحصل شيءٌ من زرعِ الأرض، ووقع الغلاءُ إلى أن يؤولَ الأمرُ إلى بيعِ أولادكم.
والحديثُ لم أقف عليه في كتب الحديث، وإنَّما ذكره أصحابُنا في كتبهم، ولم أدرِ من أين أخذوه. بناية.

(2) هذا جوابٌ عمَّا يقال: إنَّ الآبي إذا أجبرَ عليه يتضرَّرُ بدَفعِ المال.
حاصل الجواب: أنَّ ضررَ الآبي خاصٌّ ويقابلُهُ عِوَضٌ وهو حصَّتُه من الشِّربِ، فلا يُعارَضُ الضَّررُ العامُّ بالضَّررِ الخاصِّ؛ لأنَّ الضَّررَ العامَّ أعلى من الضَّرر الخاصِّ، فيُتحمَّلُ الأدنى لِدَفعِ الأعلى، ويُضافُ إلى ذلك أنَّ ضرر العامَّةِ هنا لا عِوَضَ له، بخلاف الضَّرر الخاصِّ. بناية.

(3) أي: انتقاض المَمرِّ الذي يُمسكُ الماء.

(4) من أنَّ الحقَّ لهم، والمنفعةَ تعود إليهم بشكل خاصٍّ.

(5) وهو الإجبارُ في النَّهر الثَّاني، فإنَّ مَن أبى من أهلِهِ يُجبَرُ عليه هناك؛ لأنَّ إحدى الجهتينِ عامٌّ والأخرى خاصٌّ، فيُجبَرُ الآبي دفعاً للضَّررِ العامِّ عن غيره. عناية.

ولا يُجبَرُ لحقِّ الشَّفةِ، كما إذا امتَنَعُوا جميعاً.

ومُؤْنَةُ كَرْيِ النَّهرِ المُشتَرَكِ عليهم من أعلاه، فإذا جاوَزَ[1] أرضَ رجلٍ رُفِعَ عنه، وهذا عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ. وقالا: هي عليهم جميعاً من أوَّلِهِ إلى آخرِهِ بِحِصَصِ الشِّربِ والأرضين؛ لأنَّ لِصاحبِ الأعلى حقّاً في الأسفلِ؛ لاحتياجِهِ إلى تَسييلِ ما فَضَلَ من الماءِ فيه.

وله: أنَّ المَقصِدَ من الكَرْيِ الانتفاعُ بالسَّقي، وقد حَصَلَ لصاحبِ الأعلى فلا يَلزَمُه إنفاعُ غيرِهِ.

وليس على صاحبِ المسيلِ عِمارتُهُ[2]، كما إذا كان له مَسيلٌ على سَطحِ غيرِهِ[3]، كيف وأنَّه يُمكِنُه رَفعُ الماء عن أرضِهِ بِسَدِّه من أعلاه، ثمَّ إنَّما يرفعُ عنه إذا جاوَزَ أرضَهُ كما ذكرناه، وقيل: إذا جاوز فُوَّهَةَ نهرِهِ[4]، وهو مَرويٌّ عن محمد رَحِمَهُ اللَّهُ. والأوَّلُ أصحُّ؛ لأنَّ له رأياً في اتِّخاذِ الفُوَّهةِ من أعلاهُ وأسفلِهِ.

فإذا جاوز الكَرْيُ أرضَهُ حتَّى سقَطَتْ عنه مُؤْنَتُهُ، قيل: له أن يَفتَحَ الماءَ لِيَسقيَ أرضَهُ لانتهاءِ الكَرْيِ في حقِّه، وقيل: ليس له ذلك ما لم يَفرَغْ شُركاؤه نَفْياً لاختصاصِهِ[5].

وليس على أهلِ الشَّفةِ من الكَرْيِ شيءٌ؛ لأنَّهم لا يُحصَوْنَ، ولأنَّهم أتباعٌ[6].

---

(١) أي: إذا جاوز الكريُ أرضَ رجل، بمعنى: أنَّهم ابتدأوا الكري من بعد أرضه، فلا يلزَمُه أجرةُ الكري.

(٢) هذا جواب عن قولهما: «لأنَّ لِصاحبِ الأعلى حقّاً في الأسفل؛ لاحتياجِهِ إلى تَسييلِ ما فَضَلَ من الماء فيه»، يعني: لا يلزمُهُ شيءٌ باعتبار مسيلِ ما فضل. بناية.

(٣) حيث لا يلزمُهُ عمارةُ سطحِ جاره. بناية.

(٤) أي: أوَّلُهُ.

(٥) أي: نفياً لاختصاصِهِ بالانتفاعِ بالماءِ دونَ الشُّركاءِ. بناية.

(٦) أي: لأنَّهم لا مِلك لهم في رقبةِ الأرضِ، والمُؤنَةَ تجب على الأصول لا على الأتباع. بناية.

فصل في الدَّعوى والاختلاف والتَّصرُّف فيه

وتَصِحُّ دعوى الشِّربِ بِغَيرِ أرضٍ استحساناً. وإذا كان نَهْرٌ لِرَجلٍ يَجري في أرضِ غَيرِهِ، فأرادَ صاحِبُ الأرضِ أنْ لا يَجرِيَ النَّهْرُ في أرضِهِ، تُرِكَ على حالِهِ. وإذا كان نَهْرٌ بينَ قَومٍ واختَصَمُوا في الشِّربِ، كان الشِّربُ بينهم على قَدْرِ أراضيهِم،

(فصل في الدَّعوى والاختلاف والتَّصرُّف فيه)

قال: **(وتَصِحُّ دعوى الشِّربِ بِغَيرِ أرضٍ استحساناً)**؛ لأنَّه قد يُملَكُ بدونِ الأرضِ إرثاً، وقد يَبيعُ الأرضَ ويَبقى الشِّربُ له، وهو مرغوبٌ فيه[1]، فيصحُّ فيه الدَّعوى.

(وإذا كان نَهْرٌ لِرَجلٍ يَجري في أرضِ غَيرِهِ، فأرادَ صاحِبُ الأرضِ أنْ لا يَجرِيَ النَّهْرُ في أرضِهِ، تُرِكَ على حالِهِ)؛ لأنَّه مُستعمِلٌ له بإجراءِ مائِهِ، فعند الاختلافِ يكونُ القولُ قولَهُ، فإنْ لم يكنْ في يدِهِ، ولم يكنْ جارياً، فعليه البيِّنةُ أنَّ هذا النَّهرَ له، أو أنَّه قد كان مَجراهُ له في هذا النَّهرِ يَسوقُهُ إلى أرضِهِ لِيَسقيَها، فيُقضَى له لإثباتِهِ بالحُجَّةِ مِلكاً له[2]، أو حقّاً مُستَحَقّاً فيه[3].

وعلى هذا المَصَبُّ في نَهْرٍ، أو على سَطحٍ، أو المِيزابُ، أو المَمْشَى في دارِ غيرِهِ، فحُكْمُ الاختلافِ فيها نَظيرُهُ في الشِّربِ.

(وإذا كان نَهْرٌ بينَ قَومٍ واختَصَمُوا في الشِّربِ، كان الشِّربُ بينهم على قَدْرِ أراضيهِم)؛ لأنَّ المقصودَ الانتفاعُ بِسَقيها فيَتقدَّر بِقَدْرِهِ، بخلاف الطَّريقِ[4]؛ لأنَّ المقصودَ التَّطرُّقُ، وهو في الدَّارِ الواسعةِ والضَّيِّقةِ على نَمَطٍ واحدٍ.

---

(١) فإذا استولى عليه غيرُهُ له دفعُ الظُّلم عن نفسِهِ بإثباتِ حقِّهِ. بناية.

(٢) وذلك إذا كان يدَّعي مِلكَ رقبة النَّهر.

(٣) وذلك إذا كان يدَّعي أنَّ له حقَّ إجراءِ الماء في النَّهر.

(٤) يعني: إذا اختصم فيه الشُّركاءُ، فإنَّهم يستوونَ في ملكِ رقبةِ الأرضِ، ولا يُعتبر سَعةُ باب الدَّار وضيقها. بناية.

فإن كان الأعلى منهم لا يَشرَبُ حتَّى يُسَكِّرَ النَّهرَ، لم يكن له ذلك؛ لِما فيه من إبطالِ حقِّ الباقين، ولكنَّه يَشرَبُ بحصَّتِهِ[١]، فإن تَراضَوا على أنْ يُسَكِّرَ الأعلى النَّهْرَ حتَّى يَشرَبَ بحصَّتِهِ، أو اصطَلَحُوا على أنْ يُسكِّرَ كلُّ رجلٍ منهم في نَوبَتِهِ جاز؛ لأنَّ الحَقَّ له، إلَّا أنَّه إذا تَمكَّنَ من ذلك[٢] بِلَوحٍ لا يُسكِّرُ بما يَنكَبِسُ به النَّهرُ من غيرِ تَراضٍ؛ لكونِهِ إضراراً بهم.

وليس لأحدهم أنْ يَكرِيَ منه نَهْراً، أو يَنْصُبَ عليه رَحى ماءٍ إلَّا بِرِضا أصحابِهِ؛ لأنَّ فيه كَسْرَ ضِفَّةِ النَّهرِ، وشُغْلَ مَوضِعٍ مُشتَرَكٍ بالبناءِ، إلَّا أن يكونَ رحىً لا يَضُرُّ بالنَّهرِ ولا بالماءِ، ويكونَ مَوضِعُها في أرضِ صاحِبِها؛ لأنَّه تَصرُّفٌ في مِلكِ نَفسِهِ ولا ضَرَرَ في حقِّ غيرِهِ.

ومعنى الضَّررِ بالنَّهرِ ما بيَّنَّاه من كَسرِ ضِفَّتِهِ، وبالماءِ أن يَتغَيَّرَ عن سَنَنِهِ الذي كان يجري عليه.

والدَّاليةُ والسَّانيةُ[٣] نَظيرُ الرَّحى.

ولا يَتَّخِذُ عليه جِسراً ولا قَنطرةً[٤] بمنزلةِ طريقٍ خاصٍّ بين قومٍ[٥].

بخلاف ما إذا كان لواحدٍ نهرٌ خاصٌّ يأخُذُ من نَهرٍ خاصٍّ بين قوم، فأراد أن يُقنطِرَ عليه ويَستوثِقَ منه[٦] له ذلك، أو كان مُقنطِراً مُستوثِقاً فأراد أن يَنقُضَ ذلك،

---

(١) أي: من غير سَكْرٍ.

(٢) أي: من السَّكر.

(٣) «الدَّالية» جِذعٌ طويلٌ يُركَّبُ تركيبَ مَداقِّ الأرزِّ وفي رأسِهِ مِغرَفَةٌ كبيرةٌ يُستقَى بها. و«السَّانية» البعيرُ يُسنَى عليه، أي: يستقى من البئر. مغرب

(٤) «القنطرة» ما يُبنَى على الماءِ لِلعُبورِ، والجِسرُ عامٌّ، مبنيّاً كان أو غيرَ مَبنيٍّ. مغرب، لكن في العناية: الجِسرُ ما يُوضَعُ ويُرفَعُ مِمَّا يُتَّخَذُ من الخشب والألواح، والقنطرة: ما يُتَّخَذُ من الحَجَرِ والآجُرِّ مَوضوعاً لا يُرفَع.

(٥) أي: لا يجوزُ أن يتصرَّفَ أحدٌ فيه.

(٦) أي: يشدُّ جانبي القنطرةِ من النَّهر. بناية.

ولا يزيد ذلك في أخذِ الماءِ، حيثُ يكونُ له ذلك[١]؛ لأنَّه يَتصرَّفُ في خالِصِ ملكِهِ وَضْعاً ورَفْعاً[٢]، ولا ضَرَرَ بالشُّركاءِ بأخذِ زيادةِ الماءِ.

ويُمنَعُ من أن يُوسِّعَ فَمَ النَّهرِ؛ لأنَّه يَكسِرُ ضِفَّةَ النَّهرِ، ويَزِيدُ على مِقدارِ حقِّهِ في أخذِ الماءِ، وكذا إذا كانت القِسمةُ بالكُوَى[٣]، وكذا إذا أراد أنْ يُؤخِّرَها عن فَمِ النَّهرِ، فَيَجعَلَها في أربعةِ أذرعٍ منه؛ لاحتباسِ الماءِ فيه، فَيَزدادُ دُخولُ الماءِ فيه.

بخلافِ ما إذا أرادَ أن يُسفِلَ كُواهُ[٤] أو يَرفَعَها، حيثُ يكونُ له ذلك في الصَّحيح؛ لأنَّ قِسمةَ الماءِ في الأصلِ باعتبارِ سَعَةِ الكُوَّةِ وضِيقِها، من غيرِ اعتبارِ التَّسفُّلِ والتَّرفُّعِ، وهو العادةُ، فلم يكن فيه تَغييرُ مَوضِعِ القسمةِ.

ولو كانت القسمةُ وَقَعَتِ بالكُوَى، فأراد أحَدُهُم أن يَقسِمَ بالأيَّامِ ليس له ذلك؛ لأنَّ القديمَ يُترَكُ على قِدَمِهِ لِظُهورِ الحَقِّ فيه.

ولو كان لكلٍّ منهم كُوَى مُسمَّاةٌ في نهرٍ خاصٍّ، ليس لواحدٍ أن يَزِيدَ كُوَّةً وإن كان لا يَضرُّ بأهلِهِ؛ لأنَّ الشَّركةَ خاصَّةٌ، بخلاف ما إذا كانت الكُوَى في النَّهر الأعظمِ؛ لأنَّ لكلٍّ منهم أن يَشقَّ نهراً منه ابتداءً، فكان له أن يَزِيدَ في الكُوى بالطَّريقِ الأولى.

---

(١) متعلِّقٌ بقوله: «بخلافِ ما إذا كان ...».

(٢) أي: من حيثُ الوضعُ في صورة البناءِ، ومن حيث الرَّفعُ في صورة النَّقض.

(٣) «الكُوَّة» ثُقبُ البيتِ، والجمع «كواء» بالمد، و«كوى» مقصور، ويُستعارُ لِمَفاتح الماءِ إلى المَزارعِ والجَداولِ، فَيُقال: كُوَى النَّهر، ومعناه: ليس له أن يُوسِّعَ الكُوَّةَ. عناية.

(٤) أي: يَجعَلُها أعمَقَ ممَّا كانت وهي في ذلك الموضع، أو يرفَعُها إلى وَجهِ الأرض. عناية.

وليس لأحدِ الشُّرَكاءِ في النَّهرِ أنْ يَسُوقَ شِربَهُ إلى أرضٍ له أُخرى ليس لها في ذلك شِرْبٌ، وكذا إذا أرادَ أنْ يَسُوقَ شِربَهُ في أرضِهِ الأولى حتَّى ينتهي إلى هذه الأرضِ الأخرى. ....

(وليس لأحدِ الشُّرَكاءِ في النَّهرِ أنْ يَسُوقَ شِربَهُ إلى أرضٍ له أُخرى ليس لها في ذلك شِرْبٌ)؛ لأنَّه إذا تَقادَمَ العهدُ يُستدلُّ به على أنَّه حقُّه.

(وكذا إذا أرادَ أنْ يَسُوقَ شِربَهُ في أرضِهِ الأولى حتَّى ينتهي إلى هذه الأرضِ الأخرى)؛ لأنَّه يَستوفي زيادةً على حقِّهِ، إذِ الأرضُ الأولى تُنشِّفُ بعضَ الماءِ قبلَ أن تُسقَى الأرضُ الأخرى، وهو نظيرُ طريقٍ مُشتَرَكٍ أرادَ أحدُهُم أن يَفتَحَ فيه باباً إلى دارٍ أخرى ساكِنُها غيرُ ساكنِ هذه الدَّارِ التي يَفتَحُها في هذا الطَّريقِ.

ولو أرادَ الأعلى مِنَ الشَّريكينِ في النَّهرِ الخاصِّ، وفيه كُوى بينهما، أن يَسُدَّ بعضَها دفعاً لفيضِ الماءِ عن أرضِهِ كي لا تَنِزَّ، ليس له ذلك؛ لِما فيه من الضَّررِ بالآخر.

وكذا إذا أراد أن يَقسِمَ الشِّربَ مُناصَفَةً بينهما[1]؛ لأنَّ القِسمةَ بالكُوَى تقَدَّمَت إلَّا أن يَتراضَيا؛ لأنَّ الحَقَّ لهما، وبعد التَّراضي لصاحِبِ الأسفل أن يَنقُضَ ذلك، وكذا لِوَرثتِهِ من بعده؛ لأنَّه إعارةُ الشِّربِ، فإنَّ مبادلَةَ الشِّربِ بالشِّربِ باطلةٌ، والشِّربُ مِمَّا يُورَثُ ويُوصَى بالانتفاعِ بِعَينِهِ، بخلافِ البيعِ والهبةِ والصَّدقةِ والوصيَّةِ بذلك، حيثُ لا تَجوزُ العُقودُ، إمَّا لِلجَهالةِ أو لِلغَرَرِ، أو لأنَّه ليس بمالٍ مُتقوِّمٍ، حتَّى لا يُضمَنُ إذا سَقَى من شِرْبِ غَيرِهِ، وإذا بَطَلَت العقودُ فالوصيَّةُ بالباطِلِ باطلةٌ.

---

[1] وذلك بأن يقول لشريكه: اجعَلْ لي نِصفَ الشَّهرِ ولك نِصفُهُ، فإذا كان في حِصَّتي سَدَّدتُ ما بدا لي منها، وأنتَ في حِصَّتِكَ فَتَحتَها كلَّها، فليس له ذلك بعدما كانت القسمةُ بينهما بالكُوى؛ لأنَّ الانتفاعَ بالماءِ في القسمةِ الأولى مُستَدامٌ، وفي الثَّانيةِ في بعضِ المُدَّة، وربَّما يَضرُّ ذلك بصاحب السُّفل. عناية.

وإذا سَقَى الرَّجلُ أرضَهُ أو مَخرَها ماءً، فَسالَ من مائِها في أرضِ رجلٍ فَغرَّقَها، أو نَزَّتْ أرضُ جارِهِ من هذا الماءِ، لم يكنْ عليه ضَمانُها.

وكذا لا يَصلُحُ[1] مُسمَّى في النِّكاح، حتَّى يَجِبُ مَهرُ المثلِ، ولا في الخُلعِ حتَّى يَجِبُ ردُّ ما قَبَضَت من الصَّداقِ لِتفاحُشِ الجَهالةِ، ولا يَصلُحُ بَدَلَ الصُّلحِ عن الدَّعوى[2]؛ لأنَّه لا يُملَكُ بشيءٍ من العُقودِ.

ولا يُباعُ الشِّربُ في دَينِ صاحِبِهِ بعدَ مَوتِهِ بدون أرضٍ، كما في حالِ حياتِهِ، وكيف يَصنَعُ الإمام؟ الأصحُّ أن يَضمَّهُ إلى أرضٍ لا شِربَ لها، فَيَبيعُهما بإذنِ صاحِبِها، ثمَّ يَنظُرُ إلى قيمةِ الأرضِ مع الشِّربِ وبدونِهِ، فَيُصرَفُ التَّفاوتُ إلى قضاءِ الدَّينِ، وإنْ لم يَجِدْ ذلك اشترى على تَركَةِ المَيتِ أرضاً بغيرِ شِرْبٍ، ثمَّ ضَمَّ الشِّربَ إليها وباعَهُما، فَيَصرِفُ من الثَّمنِ إلى ثَمنِ الأرضِ، ويَصرِفُ الفاضِلَ إلى قَضاءِ الدَّينِ.

(وإذا سَقَى الرَّجلُ أرضَهُ أو مَخرَها ماءً) أي: ملأها (فَسالَ من مائِها في أرضِ رجلٍ فَغرَّقَها، أو نَزَّتْ أرضُ جارِهِ من هذا الماءِ، لم يكنْ عليه ضَمانُها)؛ لأنَّه غيرُ مُتعدٍّ فيه.

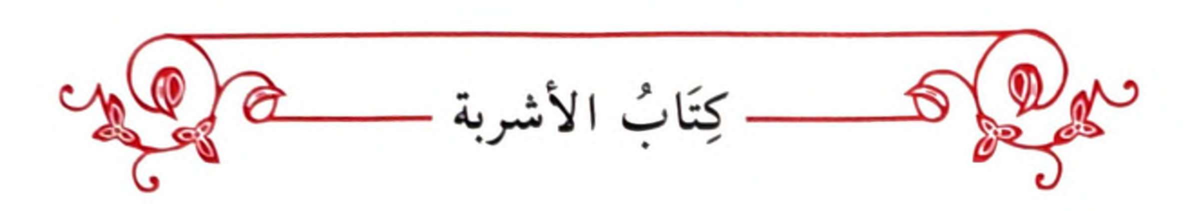


---

(١) أي: الشِّربُ.

(٢) بأن ادَّعى شيئاً، ثمَّ صالح على شِربٍ بدونِ أرضٍ، فالصُّلحُ باطلٌ، وصاحبُ الدَّعوى على دعواه.

كتاب الأشربة



كِتَابُ الأشربة

الأشرِبَةُ المُحرَّمةُ أربعةٌ، الخَمرُ: وهي عَصيرُ العِنَبِ إذا غَلَى واشتَدَّ وقَذَفَ بالزَّبَدِ. والعَصيرُ إذا طُبِخَ حتَّى يَذهَبَ أقَلُّ من ثُلُثَيهِ، ونَقِيعُ التَّمْرِ، وهو السَّكَرُ. ونَقيعُ الزَّبيبِ إذا اشتَدَّ وغَلَى، ....

(كتاب الأشربة)

سُمِّي بها وهي جَمْعُ شَرابٍ؛ لِما فيه من بيانِ حُكمِها، قال: (الأشرِبَةُ المُحرَّمةُ أربعةٌ):

- (الخَمرُ: وهي عَصيرُ العِنَبِ إذا غَلَى واشتَدَّ وقَذَفَ بالزَّبَدِ).
- (والعَصيرُ إذا طُبِخَ حتَّى يَذهَبَ أقَلُّ من ثُلُثَيهِ)، وهو الطِّلاءُ المَذكورُ في الجامع الصَّغير.
- (ونَقِيعُ التَّمْرِ، وهو السَّكَرُ).
- (ونَقيعُ الزَّبيبِ إذا اشتَدَّ وغَلَى).

أولاً: الكلام عن الخمر

أمَّا الخمرُ فالكلامُ فيها في عَشَرَةِ مَواضِعَ:

أحدها: في بيان مائيَّتِها، وهي: النِّيءُ من ماءِ العِنَبِ إذا صار مُسْكِراً، وهذا عندنا، وهو المَعروفُ عند أهلِ اللُّغةِ وأهلِ العلمِ، وقال بعضُ النَّاس: هو اسمٌ لكلِّ مُسكِرٍ؛ لقوله ﷺ: «كلُّ مُسكِرٍ خَمْرٌ»[1]، وقولِهِ ﷺ: «الخَمرُ من هاتَينِ

---

(١) أخرج مسلم في الأشربة، باب: بيان أنَّ كل مسكر خمر (٢٠٠٣) عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: «كلُّ مُسكِرٍ خَمرٌ، وكلُّ مُسكِرٍ حرامٌ، ومَنْ شَرِبَ الخَمرَ في الدُّنيا فماتَ وهو يُدمِنُها لم يَتُبْ لم يَشْرَبْها في الآخرة».

الشَّجَرتَينِ» وأشارَ إلى الكَرْمَةِ والنَّخلةِ[١]، ولأنَّه مُشتَقٌّ من مُخامَرَةِ العقلِ، وهو موجودٌ في كلِّ مُسْكِرٍ.

ولنا: أنَّه اسمٌ خاصٌّ بإطباقِ أهلِ اللُّغةِ فيما ذكرناه، ولهذا اشتَهَرَ استعمالُهُ فيه وفي غيرِهِ، ولأنَّ حُرْمَةَ الخَمرِ قطعيَّةٌ، وهي في غَيرِها ظنِّيَّةٌ، وإنَّما سُمِّي خمراً لِتَخمُّرِهِ لا لِمُخامَرَتِهِ العَقلَ، على أنَّ ما ذكرتُمْ لا يُنافي كونَ الاسمِ خاصَّاً فيه، فإنَّ النَّجْمَ مُشتَقٌّ من النُّجومِ، وهو الظُّهور، ثمَّ هو اسمٌ خاصٌّ لِلنَّجمِ المَعروفِ، لا لكلِّ ما ظَهَرَ، وهذا كثيرُ النَّظيرِ.

والحديثُ الأوَّلُ طَعَنَ فيه يَحيى بنُ معين رَحِمَهُ اللهُ[٢]، والثَّاني أريد به بيانُ الحكم[٣]؛ إذ هو[٤] اللائقُ بِمَنصِبِ الرِّسالةِ.

والثاني: في حَدِّ ثُبوتِ هذا الاسمِ، وهذا الذي ذكَرَهُ في الكتاب[٥] قَولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ، وعندهما: إذا اشتدَّ صارَ خَمراً، ولا يُشتَرَطُ القَذْفُ بالزَّبدِ؛ لأنَّ الاسمَ يَثبُتُ به، وكذا المعنى المُحرِّمُ بالاشتدادِ، وهو المُؤثِّرُ في الفساد.

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ الغَليانَ بدايةُ الشِّدَّةِ، وكَمالُها بِقَذفِ الزَّبدِ وسُكُونِهِ[٦]؛ إذ به يَتميَّزُ الصَّافي من الكَدِرِ، وأحكامُ الشَّرعِ قطعيَّةٌ، فَتُناطُ بالنِّهاية، كالحَدِّ وإكفارِ المُستحِلِّ وحُرمةِ البيعِ.

---

(١) أخرجه الجماعة إلَّا البخاري، وهو عند مسلم في الأشربة، باب: بيان أنَّ جميع ما يُنبَذُ ممَّا يُتَّخذ من النَّخل والعنب يُسمَّى خمراً (١٩٨٥) عن أبي هريرة قال: قال رسولُ الله ﷺ: «الخمرُ من هاتَينِ الشَّجرتَينِ، النَّخلة والعِنَبة».

(٢) روي عن يحيى بن معين رَحِمَهُ اللهُ أنَّه قال: الأحاديثُ الثَّلاثةُ ليست بثابتةٍ عن رسول الله ﷺ، أحدها: قوله ﷺ: «لا نكاح إلَّا بولي وشاهدي عدل»، والثَّاني: «مَن مسَّ ذكَرَه فليتوضأ»، والثَّالث: «كلُّ مُسكِرٍ خَمرٌ»، وكان يحيى بن مَعينٍ إماماً حافظاً مُتقِناً، حتَّى قال أحمد بن حنبل رَحِمَهُ اللهُ: كلُّ حديثٍ لا يَعرِفُه يحيى بنُ مَعين فليس بحديث. عناية.

(٣) يعني: إذا أسكَرَ كثيرُهُ كان حُكمُهُ في الإسكارِ حُكمَ الخَمرِ في الحُرمةِ وثُبوتِ الحَدِّ. عناية.

(٤) أي: بيانُ الحكمِ.

(٥) أي: في مختصر القدوري، وهو: «عَصيرُ العِنَبِ إذا غَلَى واشتَدَّ وقَذَفَ بالزَّبَدِ».

(٦) أي: وسكون الغَلَيان.

وقيل: يُؤخَذُ في حُرمةِ الشُّربِ بِمُجرَّدِ الاشتدادِ احتياطاً.

والثَّالث: أنَّ عَيْنَها حرامٌ غيرُ مَعلُولٍ بالسُّكرِ ولا مَوقوفٍ عليه، ومن النَّاس مَنْ أنكرَ حُرمةَ عَينِها وقال: إنَّ السُّكرَ منها حرامٌ؛ لأنَّ به يَحصُلُ الفسادُ، وهو الصَّدُّ عن ذِكْرِ الله، وهذا كُفرٌ؛ لأنَّه جُحودُ الكتابِ؛ فإنَّه تعالى سَمَّاه رِجساً، والرِّجسُ ما هو مُحرَّمُ العَينِ، وقد جاءت السُّنَّةُ مُتواترةً «أنَّ النَّبيَّ ﷺ حَرَّمَ الخمر»[1]، وعليه انعقد الإجماع، ولأنَّ قليلَهُ يدعو إلى كثيرِهِ، وهذا من خواصِّ الخَمرِ، ولهذا تَزدادُ لشاربِهِ اللَّذَّةُ بالاستكثار منه، بخلافِ سائرِ المَطعوماتِ.

ثمَّ هو غيرُ مَعلولٍ عندنا، حتَّى لا يَتعدَّى حُكمُهُ إلى سائرِ المُسكِراتِ، والشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ يُعدِّيه إليها، وهذا بعيدٌ؛ لأنَّه خلافُ السُّنَّةِ المَشهورةِ، وتَعليلٌ لتعديةِ الاسمِ، والتَّعليلُ في الأحكامِ لا في الأسماء.

والرَّابع: أنَّها نَجِسةٌ نجاسةٌ غليظةٌ، كالبولِ لِثُبوتها بالدَّلائلِ القطعيَّةِ على ما بيَّنَّا.

والخامس: أنَّه يُكفَرُ مُستحِلُّها؛ لإنكارِهِ الدَّليلَ القطعيَّ.

والسَّادس: سُقوطُ تَقوُّمِها في حَقِّ المسلمِ، حتَّى لا يَضمَنُ مُتلِفُها[2] وغاصِبُها، ولا يَجوزُ بيعُها؛ لأنَّ اللهَ تعالى لمَّا نَجَّسَها فقد أهانَها، والتَّقوُّمُ يُشعِرُ بِعزَّتِها، وقال ﷺ: «إنَّ الذي حَرَّم شُرْبَها حَرَّمَ بَيْعَها وأكْلَ ثَمَنِها»[3].

---

(١) منها ما أخرجه البخاري في المظالم، باب: صبِّ الخمر في الطريق (٢٣٣٢)، ومسلم في الأشربة، باب: تحريم الخمرِ وبيانِ أنَّها تكون من عصير العنب (١٩٨٠) عن أنس رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: كنتُ ساقي القومِ في مَنزلِ أبي طلحة، وكان خَمْرُهم يومئذٍ الفَضيخَ، فأمر رسولُ اللهِ ﷺ منادياً ينادي: ألا إنَّ الخَمْرَ قد حُرِّمت، قال: فقال لي أبو طلحة: أُخرُجْ فَأهرِقْها، فخرجتُ فَهرَقتُها، فَجَرَت في سِكَكِ المدينة، فقال بعضُ القوم: قد قُتِلَ قومٌ وهي في بطونهم، فأنزل الله ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَعَمِلُواْ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓاْ﴾ [المائدة: ٩٣] الآية.

(٢) لا يدلُّ على إباحةِ إتلافِها، وقد اختلفوا فيها، فقيل: يُباح، وقيل: لا يُباحُ إلَّا لِغَرضٍ صحيحٍ، بأن كانت عند شِرِّيبٍ خِيفَ عليه الشُّربُ، وأمَّا إذا كانت عند صالحٍ فلا يُباحُ؛ لأنَّه يُخلِّلُها. عناية.

(٣) تقدم.

واختلفوا في سُقوطِ ماليَّتِها، والأصحُّ أنَّها مالٌ[1]؛ لأنَّ الطِّباعَ تَميلُ إليها، وتَضُنُّ بها.

ومَنْ كان له على مُسلم دَينٌ فأوفاه ثَمَنَ خَمرٍ، لا يَحِلُّ له أن يَأْخُذَهُ، ولا للمديونِ أن يُؤَدِّيَه؛ لأَنَّه ثمنُ بيعٍ باطلٍ، وهو غَصْبٌ في يدِهِ أو أمانةٌ، على حَسَبِ ما اختَلَفُوا فيه[2]، كما في بيع الميتةِ.

ولو كان الدَّينُ على ذِمِّيٍّ فإنَّه يُؤدِّيه من ثَمَنِ الخمرِ، والمُسلِمُ الطَّالبُ يَستوفيهِ؛ لأنَّ بيعَها فيما بينهم جائزٌ.

والسَّابع: حُرمَةُ الانتفاعِ بها[3]؛ لأنَّ الانتفاعَ بالنَّجِسِ حرامٌ، ولأنَّه واجبُ الاجتنابِ، وفي الانتفاعِ به اقترابٌ.

والثَّامن: أن يُحَدَّ شارِبُها وإنْ لم يَسْكَر منها؛ لقوله ﷺ: «مَن شَرِبَ الخَمرَ فاجلِدُوهُ، فإنْ عادَ فاجلِدُوهُ، فإنْ عاد فاجلِدُوهُ، فإن عادَ فاقتُلُوهُ»[4]، إلَّا أنَّ حُكمَ القَتلِ قد انتَسَخَ[5] فَبَقِي الجَلدُ مَشروعاً، وعليه[6] انعقد إجماعُ الصَّحابةِ رضي الله عنهم، وتقديرُهُ ذكرناه في الحدود.

---

(1) لكن سقطَ تقوُّمُها في حقِّ المسلمِ، لذا لا يَضمنها مُتلِفُها وغاصبُها، كما تقدَّم.

(2) أي: في ثمنِ البيع الباطل.

(3) أي: مطلقاً، ولو للتَّداوي وسَقي الدَّوابِّ، إلَّا لخوفِ عَطَشٍ بِقَدْرِ الضَّرورةِ، فلو زاد فَسَكِرَ حُدَّ.

(4) تقدم في الحدود.

(5) بما أخرجه البخاري في الديات، باب: قوله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ...﴾ [المائدة: ٤٥] (٦٤٨٤)، ومسلم في القسامة، باب: ما يُباح به دمُ المسلم (١٦٧٦) عن عبد الله قال: قال رسولُ الله ﷺ: «لا يَحِلُّ دمُ امرئ مسلمٍ يَشهَدُ أنْ لا إله إلَّا اللهُ وأنِّي رسولُ اللهِ، إلَّا بإحدى ثلاثٍ: النَّفسُ بالنَّفس، والثَّيِّبُ الزَّاني، والمُفارِقُ لدينِهِ التَّاركُ لِلجَماعة».

(6) أي: على بقاء الجَلدِ.

والتاسع: أنَّ الطَّبخَ لا يُؤثِّرُ فيها؛ لأنَّه لِلمَنعِ من ثُبوتِ الحُرمةِ، لا لِرَفعِها بعدَ ثُبوتِها، إلَّا أنَّه لا يُحَدُّ فيه[1] ما لم يَسْكَرْ منه على ما قالوا[2]؛ لأن الحَدَّ بالقليلِ في النِّيء خاصَّةً، لِما ذكرنا وهذا قد طُبِخ.

والعاشر: جوازُ تَخليلِها، وفيه خِلافُ الشَّافعيِّ، وسنذكرُهُ من بعدُ إن شاء اللهُ تعالى، هذا هو الكلامُ في الخمرِ.

ثانيا: الكلام عن العصير

وأمَّا العَصيرُ إذا طُبِخَ حتَّى يَذهَبَ أقَلُّ من ثُلُثَيهِ، وهو المَطبوخُ أدنى طَبخَةً، ويسمَّى الباذِقَ، والمُنَصَّفُ: وهو ما ذَهَبَ نِصفُهُ بالطَّبخِ، فكُلُّ ذلك حرامٌ عندنا[3] إذا غَلَى واشتَدَّ وقَذَفَ بالزَّبَدِ[4]، أو إذا اشتَدَّ[5]، على الاختلافِ[6].

وقال الأوزاعي: إنَّه[7] مباح، وهو قولُ بعضِ المُعتزلةِ؛ لأنَّه مَشروبٌ طَيِّبٌ وليس بخمرٍ.

ولنا: أنَّه رقيقٌ مُلِذٌّ مُطرِبٌ، ولهذا يَجتمِعُ عليه الفُسَّاقُ، فَيحرُمُ شُربُهُ دَفعاً للفَسادِ المُتعلِّقِ به.

ثالثا: الكلام عن نقيع التمر

وأمَّا نقيعُ التَّمرِ، وهو السَّكَرُ، وهو: النِّيءُ من ماءِ التَّمرِ، أي: الرُّطَبُ،

---

(١) أي: في المطبوخ من الخَمرِ.

(٢) قال شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله: لم يَذكُر محمَّد أنَّه إذا شَرِبَ بعد الطَّبخ ولم يَسْكَر هل يجبُ عليه الحَدُّ؟ ثمَّ قال: ويجب أن لا يَجِبَ عليه الحَدُّ؛ لأنَّه ليس بخمرٍ لغةً؛ فإنَّ الخمرَ لغةً هو النِّيءُ من ماءِ العنب، وهذا ليس بِنِيء. عناية.

(٣) أي: قليلُه وكثيره سواءٌ.

(٤) هذا عند الإمام.

(٥) يعني: من غير قذفٍ بالزَّبد، وهو قولهما.

(٦) أي: بين الإمام وصاحبيه.

(٧) أي: العصير الذي طُبخَ حتى ذهب أقلُّ من ثُلُثَيه.

فهو حرامٌ مَكروهٌ[١]. وقال شُرَيكُ بنُ عبدِ الله: إنَّه مباحٌ لقوله تعالى: ﴿تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ [النحل: ٦٧] امتَنَّ علينا به[٢]، وهو بالمُحرَّم لا يتحقَّقُ.

ولنا: إجماعُ الصَّحابةِ ﷺ، ويدلُّ عليه ما رَويناه من قبلُ، والآيةُ محمولةٌ على الابتداءِ؛ إذ كانتِ الأشربةُ مُباحةً كلُّها، وقيل: أرادَ به التَّوبيخَ، معناه - والله أعلم - تَتَّخذونَ منه سَكَراً وتَدَعون رِزقاً حسناً[٣].

رابعا: الكلام عن نقيع الزبيب

وأمَّا نَقيعُ الزَّبيبِ، وهو النِّيءُ من ماءِ الزَّبيبِ، فهو حرامٌ إذا اشتَدَّ وغَلَى، ويَتأتَّى فيه خلافُ الأوزاعيِّ، وقد بيَّنَّا المعنى من قبلُ.

إلَّا أنَّ حُرمةَ هذهِ الأشربةِ دونَ حُرمةِ الخَمرِ، حتَّى لا يُكفَرُ مُستحِلُّها، ويُكفَرُ مُستحِلُّ الخَمرِ؛ لأنَّ حُرمَتَها[٤] اجتهاديَّةٌ، وحرمةَ الخَمرِ قطعيَّةٌ، ولا يجبُ الحَدُّ بِشُربِها حتَّى يَسْكَرَ، ويَجبُ بِشُربِ قَطرةٍ من الخَمرِ، ونَجاسَتُها خفيفةٌ في روايةٍ، وغليظةٌ في أخرى، ونجاسةُ الخَمرِ غَليظةٌ روايةً واحدةً، ويَجوزُ بَيعُها، ويَضمَنُ مُتلِفُها عند أبي حنيفة خلافاً لهما فيهما؛ لأنَّه مالٌ مُتقوِّمٌ، وما شهدت دلالةٌ قطعيَّةٌ بِسُقوطِ تَقوُّمِها، بخلافِ الخمرِ، غيرَ أنَّ عنده يَجبُ قِيمَتُها لا مِثلُها على ما عُرِف[٥].

ولا يُنتَفَعُ بها[٦] بوجهٍ من الوجوهِ؛ لأنَّها مُحرَّمةٌ، وعن أبي يوسف: أنَّه يجوزُ بَيعُها إذا كان الذَّاهبُ بالطَّبخِ أكثَرَ من النِّصفِ دونَ الثُّلُثينِ.

---

(١) أردَفَ الحرامَ بالكراهةِ إشارةً إلى أنَّ حُرمَتَهُ ليست كَحُرمةِ الخَمرِ؛ لأنَّ مُستحِلَّ الخَمرِ يُكفَرُ، ومُستحِلَّ غَيرِها لا يُكفَر. عناية.

(٢) أي: بالسَّكَر.

(٣) يعني: بِسَفاهتِكم تتَّخذون منه سَكَراً حراماً، وتتركونَ رزقاً حسناً. بناية.

(٤) أي: حرمةُ هذه الأشربة اجتهاديَّةٌ؛ لذا لا يُكَفَّر مُستحلُّها.

(٥) من أنَّ المسلمَ ممنوعٌ من التَّصرُّفِ الحرامِ، فلا يكونُ مأموراً بإعطاءِ المثلِ. بناية.

(٦) أي: بالأشربةِ المذكورة.

وقال في الجامع الصَّغير: وما سِوى ذلك من الأشربةِ فلا بأسَ بهِ، وقال فيه أيضاً: وكان أبو يوسف يقول: ما كان من الأشربةِ يَبقَى بعدَ ما يَبلُغُ عشَرَةَ أيَّامٍ ولا يَفسُدُ فإنِّي أكرهُهُ، ثمَّ رجَعَ إلى قولِ أبي حنيفة. ....

(وقال في الجامع الصَّغير: وما سِوى ذلك من الأشربةِ فلا بأسَ بهِ).

قالوا: هذا الجوابُ على هذا العُمومِ، والبيانُ لا يوجد في غيرِهِ[١]، وهو نَصٌّ على أنَّ ما يُتَّخَذُ من الحنطةِ والشَّعيرِ والعسلِ والذُّرةِ حلالٌ عند أبي حنيفة، ولا يُحَدُّ شارِبُهُ عنده وإن سَكِرَ منه، ولا يَقَعُ طلاقُ السَّكرانِ منه، بِمَنزلةِ النَّائمِ ومَن[٢] ذهب عقلُهُ بالبَنجِ ولَبَنِ الرِّماكِ[٣].

وعن محمد: أنَّه حرامٌ[٤] ويُحَدُّ شارِبُهُ إذا سَكِرَ منه، ويَقَعُ طلاقُهُ إذا سَكِرَ منه، كما في سائر الأشربة المُحرَّمةِ.

(وقال فيه أيضاً: وكان أبو يوسف يقول: ما كان من الأشربةِ يَبقَى بعدَ ما يَبلُغُ عشَرَةَ أيَّام ولا يَفسُدُ فإنِّي أكرهُهُ، ثمَّ رجَعَ إلى قولِ أبي حنيفة)، وقولُهُ الأوَّلُ مِثلُ قولِ محمَّد: إنَّ كلَّ مُسكِرٍ حرامٌ، إلَّا أنَّه تفرَّدَ بهذا الشَّرط[٥].

---

(١) أي: في غير الجامع الصَّغير.

(٢) أي: وبمنزلةِ من ذهب عقلُهُ بالبنجِ فإنَّه لا يقعُ طلاقُهُ ولا يصحُّ بيعُهُ ولا إقرارُهُ. بناية.

(٣) انظر (٢/ ٤٦٠) ت (٢).

(٤) أي: مطلقاً، قليلُ وكثيرُها، وبقول محمد يُفتى، ذكره الزَّيلعيُّ وصاحبُ المُلتقَى والمواهبِ والكفايةِ والنِّهايةِ والمِعراجِ وشَرحِ المَجمَعِ وشَرحِ دُرَرِ البِحارِ والقُهستاني والعيني، حيث قالوا: الفتوى في زماننا بقول محمد لغلبة الفساد.
وعلَّل بعضُهُم بقوله: لأنَّ الفُسَّاقَ يَجتمِعُون على هذه الأشربة، ويَقصِدُونَ اللَّهوَ والسُّكرَ بِشُربِها.
قال عا: والظاهرُ أنَّ مُرادَهُم التَّحريمُ مُطلَقاً، وسَدُّ البابِ بالكلِّيَّةِ، وإلَّا فالحُرمةُ عندَ قَصدِ اللَّهوِ ليست محَلَّ الخِلافِ، بل متَّفقٌ عليها.
(١٠/ ٤٠) ط دار المعرفة.

(٥) أي: بِشَرطِ أن لا يفسد بعد عشرة أيَّام.

وقال في المختصر: ونَبيذُ التَّمرِ والزَّبيبِ إذا طُبِخَ كلُّ واحدٍ منهما أدنى طبخةٍ، حلالٌ وإنِ اشتَدَّ، إذا شَرِبَ منه ما يَغلِبُ على ظنِّه أنَّهُ لا يُسكِرُهُ، من غيرِ لَهوٍ ولا طَرَبٍ ولا بأسَ بالخَليطَيْنِ. ....

ومعنى قوله: «يبلُغُ» يَغلي ويَشتَدُّ، ومعنى قوله: «ولا يَفسُدُ» لا يَحمَضُ. ووجهُهُ: أنَّ بقاءَهُ هذه المُدَّةَ من غيرِ أن يَحمَضَ دِلالةُ قُوَّتِهِ وشِدَّتِهِ، فكان آيةَ حُرمتِهِ، ومِثلُ ذلك يُروَى عن ابن عباس رضي الله عنهما[1].

وأبو حنيفة يَعتبِرُ حقيقةَ الشِّدَّةِ على الحَدِّ الذي ذكرناه[2] فيما يَحرُمُ أصلُ شُربِهِ، وفيما يَحرُمُ السُّكرُ منه، على ما نذكره إن شاء الله تعالى.

وأبو يوسفَ رَجَعَ إلى قولِ أبي حنيفة، فلم يُحرِّمْ كلَّ مُسكِرٍ، ورَجَعَ عن هذا الشَّرطِ أيضاً.

(وقال في المختصر: ونَبيذُ التَّمرِ والزَّبيبِ إذا طُبِخَ كلُّ واحدٍ منهما أدنى طبخةٍ، حلالٌ وإنِ اشتَدَّ[3]، إذا شَرِبَ منه ما يَغلِبُ على ظنِّه أنَّهُ لا يُسكِرُهُ، من غَيرِ لَهوٍ ولا طَرَبٍ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمَّد والشَّافعيِّ[4] حرامٌ، والكلامُ فيه كالكلام في المُثلَّثِ العِنَبي، ونذكره إن شاء الله تعالى.

قال: **(ولا بأسَ بالخَليطَيْنِ[5])**؛ لِما روي عن ابنِ زياد أنَّه قال: سَقاني ابنُ عُمر رضي الله عنه شَربَةً ما كِدتُ أهتدي إلى منزلي، فَغَدَوتُ إليه من الغَدِ فأخبرتُهُ

---

(١) غريب، وروى ابن أبي شيبة في مصنَّفه، كتاب الأشربة، باب: ما يستحب من الأشربة (٢٤٢٠٣) عن ابن عبَّاس قال: «إنَّما النَّبيذُ الذي إذا بَلَغَ فَسَدَ، وأمَّا ما ازداد على طُولِ التَّركِ جَودَةً فلا خيرَ فيه».

(٢) والغليانُ والقذفُ بالزَّبدِ.

(٣) أي: غلا وقذف بالزَّبد.

(٤) انظر الحاوي في الفقه للماوردي (١٣/ ٣٩٧ - ٣٩٨) ط الكتب العلمية.

(٥) الخليطان: ماءُ التَّمرِ والزَّبيبِ إذا خُلِطا فَطُبِخا بعدَ ذلك أدنى طبخة، ويُترَكُ إلى أن يَغلِيَ ويَشتَدَّ. عناية.

وَنبيذُ العَسَلِ والتِّينِ، ونَبيذُ الحِنطَةِ والذُّرةِ والشَّعيرِ حَلالٌ وإنْ لم يُطبَخْ. ....

بذلك فقال: «ما زِدناكَ على عَجوةٍ وزَبيبٍ»[(١)] وهذا نوعٌ من الخَليطينِ وكان مَطبوخاً؛ لأنَّ المَرويَّ عنه حُرمةُ نَقيعِ الزَّبيبِ[(٢)]، وهو النِّيءُ منه.

وما روي «أنَّه ﷺ نهى عن الجَمعِ بين التَّمرِ والزَّبيب، والزَّبيبِ والرُّطَبِ، والرُّطَبِ والبُسرِ»[(٣)]، محمولٌ على حالةِ الشِّدَّةِ، وكان ذلك في الابتداءِ.

قال: (ونَبيذُ العَسَلِ والتِّينِ، ونَبيذُ الحِنطَةِ والذُّرةِ والشَّعيرِ حَلالٌ وإنْ لم يُطبَخْ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، إذا كان من غيرِ لَهوٍ وطَرَبٍ؛ لقوله ﷺ: «الخمرُ من هاتَينِ الشَّجرتَينِ»، وأشار إلى الكَرمةِ والنَّخلةِ[(٤)]، خَصَّ التَّحريمَ بهما[(٥)] والمُرادُ بَيانُ الحُكمِ.

---

(١) رواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار، قال: أخبرنا أبو حنيفة عن سُليمان الشَّيباني عن ابن زياد أنَّه أفطَرَ عندَ عبد الله بنِ عمر، فسقاه شَراباً، فكأنَّه أُخِذ منه، فلمَّا أصبَحَ غدا إليه، فقال له: ما هذا الشَّرابُ؟!، ما كِدتُ أهتدي إلى منزلي، فقال ابن عمر: «ما زِدناكَ على عَجوةٍ وزبيب».
وأخرج أبو داود في الأشربة، باب: في الخليطين (٣٧٠٧) عن عائشة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا: أنَّ رسولَ الله ﷺ كان يُنبَذُ له زبيبٌ فَيُلقَى فيه تَمرٌ، أو تَمرٌ فَيُلقَى فيه زَبيبٌ.

(٢) نَهيُ ابن عمر عن نقيع الزَّبيب لم يثبت ولم يذكره أهل النَّقل، لذا لا يصحُّ جعلُهُ دليلاً على أنَّ المرادَ ممَّا ذُكر في حديث ابن زيادِ المطبوخُ من الخليطين، بل حديثُ عائشةَ المذكورُ في التَّعليق السَّابق صريحٌ بأنَّ ما كان من الخليطينِ كان نيِّئاً. بناية بتصرُّف.

(٣) أخرج الأئمَّةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في الأشربة، باب: من رأى أن لا يُخلَط البُسر والتَّمر إذا كان مُسكِراً وأن لا يُجعَل إدامين في إدام (٥٢٧٩)، ومسلم في الأشربة، باب: كراهة انتباذِ التَّمرِ والزَّبيبِ مخلوطين (١٩٩٠)، واللفظ له عن ابن عباس قال: نهى النَّبيُّ ﷺ أن يُخلَطَ التَّمرُ والزَّبيبُ جميعاً، وأنَّ يُخلَطَ البُسرُ والتَّمرُ جميعاً، وكتَبَ إلى أهل جَرَش يَنهاهم عن خَليطِ التَّمرِ والزَّبيب.
وأخرج الأئمَّةُ السِّتَّةُ إلَّا الترمذي، وهو عند مسلم في الأشربة، باب: كراهة انتباذِ التَّمرِ والزَّبيب مخلوطين (١٩٨٨) عن أبي قتادة أنَّ نبيَّ الله ﷺ نهى عن خليطِ التَّمرِ والبُسرِ، وعن خليطِ الزَّبيبِ والتَّمرِ، وعن خليطِ الزَّهو والرُّطب، وقال: «انتبِذُوا كلَّ واحدٍ على حِدَتِهِ».

(٤) تقدَّم ص (٣٠٨).

(٥) أي: بالكرمةِ والنَّخلةِ، فبقي ما وراءهما على أصلِ الإباحةِ. بناية.

وعَصيرُ العِنَبِ إذا طُبِخَ حتَّى ذَهَبَ ثُلُثاهُ وبَقِيَ ثُلُثُهُ حَلالٌ وإنِ اشتَدَّ. ....

ثمَّ قيل: يُشتَرَطُ الطَّبخُ فيه لإباحته، وقيل: لا يُشتَرَطُ، وهو المذكورُ في الكتاب؛ لأنَّ قليلَهُ لا يَدعُو إلى كَثيرِهِ كيفما كان.

وهل يُحَدُّ في المُتَّخَذِ من الحُبوبِ إذا سَكِرَ منه؟ قيل: لا يُحَدُّ، وقد ذكرنا الوَجْهَ من قبلُ[١]، قالوا: والأصحُّ أنَّه يُحَدُّ، فإنَّه رُوي عن محمد فِيمَنْ سَكِرَ من الأشربةِ أنَّهُ يُحَدُّ من غيرِ تَفصيلٍ، وهذا لأنَّ الفُسَّاقَ يَجتمِعونَ عليه في زماننا اجتماعَهُم على سائرِ الأشربة، بل فوقَ ذلك.

وكذلك المُتَّخَذُ من الألبانِ إذا اشتَدَّ فهو على هذا، وقيل: إنَّ المُتَّخَذَ من لَبَنِ الرِّماكِ لا يَحِلُّ عند أبي حنيفة اعتباراً بِلَحمِهِ؛ إذ هو مُتولِّدٌ منه، قالوا: والأصحُّ أنَّه يَحِلُّ؛ لأنَّ كراهةَ لَحمِهِ لِما في إباحتِهِ من قَطعِ مادَّةِ الجهادِ، أو لاحترامِهِ فلا يَتَعدَّى إلى لبنِهِ.

قال: (وعَصيرُ العِنَبِ إذا طُبِخَ حتَّى ذَهَبَ ثُلُثاهُ وبَقِيَ ثُلُثُهُ حَلالٌ وإنِ اشتَدَّ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد ومالك والشَّافعيُّ[٢]: حرامٌ.

وهذا الخلافُ فيما إذا قَصَدَ به التَّقوِّي[٣]، أمَّا إذا قَصَدَ به التَّلهِّي فلا يَحِلُّ بالاتِّفاق، وعن محمَّد مِثلُ قَولِهما، وعنه: أنَّه كَرِه ذلك، وعنه: أنَّه توقَّفَ فيه.

---

(١) إشارة إلى قوله: «لأنَّ قليلَهُ لا يدعو إلى كثيره». عناية.

(٢) قال الماوردي في الحاوي (١٣/ ٣٨٧) ط الكتب العلمية: فأمَّا الأنبذةُ المُسكِرةُ سوى الخمر، فقد اختلف الفقهاء في إجراء تحريم الخمرِ عليها، فذهب الشَّافعيُّ ومالك وفقهاء الحَرَمين إلى أنَّ ما أسكَرَ كثيرُهُ من جميع الأنبذة قليلُهُ حرامٌ، ويجري عليه حكمُ الخمرِ في التَّحريم والنَّجاسةِ والحدِّ، سواءٌ كان نيِّئاً أو مطبوخاً، وهو قول أكثر الصحابة. اهـ.

(٣) قال الزيلعي: والفتوى في زماننا بقولِ محمد ﵀، حتَّى يُحَدُّ مَن سَكِرَ من الأشربة المُتَّخذةِ من الحبوبِ والعَسَل واللَّبَنِ والتِّينِ؛ لأنَّ الفُسَّاقَ يَجتمعون على هذه الأشربةِ في زماننا، ويَقصِدُونَ السُّكرَ واللَّهوَ بِشُربِها. اهـ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٦/ ٤٧) ط دار الكتاب الإسلامي، وانظر رد المحتار على الدر المختار (٥/ ٢٩٢-٢٩٣) ط إحياء التراث.

لهم[1] في إثباتِ الحُرمةِ قولُهُ ﷺ: «كلُّ مُسكرٍ خَمرٌ»[2]، وقولُهُ ﷺ: «ما أسكَرَ كثيرُهُ فقليلُهُ حرامٌ»[3]، ويُروى عنه ﷺ: «ما أسكَرَ الجَرَّةُ منه فالجَرعَةُ منه حرامٌ»[4]، ولأنَّ المُسكِرَ يُفسِدُ العقلَ، فيكونُ حراماً قليلُهُ وكثيرُهُ كالخمر.

ولهما: قولُهُ ﷺ: «حُرِّمتِ الخَمرُ لِعَينِها»، ويروى «بِعَينها، قليلُها وكثيرُها، والسُّكرُ من كلِّ شراب»[5]، خَصَّ المُسكِرَ بالتَّحريمِ في غيرِ الخَمر، إذِ العَطفُ

---

(١) أي: لمحمد ومالك والشَّافعيّ.

(٢) تقدَّم ص (٣٠٧).

(٣) روي من حديث عمرو بن شعيب، وجابر، وسعد بن أبي وقاص، وعلي، وعائشة، وابن عمر، وخوات بن جبير، وزيد بن ثابت.

- أمَّا حديث عمرو بن شعيب فأخرجه النسائي في الصغرى، كتاب الأشربة، باب: تحريم كلِّ شراب أسكر كثيرُهُ (٥٦٠٧)، وابن ماجه في الأشربة، باب: ما أسكر كثيره فقليله حرام (٣٣٩٤).

- وحديث جابر أخرجه الترمذي في الأشربة، باب: ما أسكر كثيره فقليله حرام (١٨٦٥)، وقال: حديث حسن، وأبو داود في الأشربة، باب: النهي عن المسكر (٣٦٨١)، وابن ماجه في الأشربة، باب: ما جاء ما أسكر كثيره فقليله حرام (٣٣٩٣).

- وحديث سعد أخرجه النسائي في الصغرى، كتاب الأشربة، باب: تحريم كل شراب أسكر كثيره (٥٦٠٨).

- وحديث علي أخرجه الدارقطني في كتاب الأشربة وغيرها (٢١).

- وحديث عائشة أخرجه الترمذي في الأشربة، باب: ما أسكر كثيره فقليله حرام (١٨٦٦)، وأبو داود في الأشربة، باب: النهي عن المسكر (٣٦٨٢).

- وحديث ابن عمر أخرجه الطبراني في الأوسط (١/ ١٩٧) (٦٢٦)، (٤/ ١٥٥) (٣٨٥٤).

- وحديث خوَّات بن جبير أخرجه الطبراني في الكبير (٤/ ٢٠٥) (٤١٤٩)، والحاكم (٣/ ٤٦٦) (٥٧٤٨).

- وحديث زيد بن ثابت أخرجه الطبراني في الكبير (٥/ ١٣٩) (٤٨٨٦).

(٤) قال الزيلعي (٤/ ٣٠٥): هذه الرواية غريبةٌ، وفي معناها ما أخرجه أبو داود في الأشربة، باب: النهي عن المسكر (٣٦٨٧)، والترمذي في الأشربة، باب: ما أسكر كثيره فقليله حرام (١٨٦٦) عن عائشة رضي الله عنها قالت: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «كلُّ مسكرٍ حرامٌ، وما أسكَرَ منه الفَرْقُ فَمِلءُ الكَفِّ منه حرامٌ».

(٥) أخرجه العقيلي في الضُّعفاء (٤/ ٤٨٢) (١٠٤٦) عن عليٍّ قال: سألتُ رسولَ الله ﷺ عن الأشربة =

للمغايرة، ولأنَّ المُفسِدَ هو القَدَحُ المُسكِرُ، وهو حرامٌ عندنا، وإنَّما يَحرُمُ القليلُ منه؛ لأنَّه يدعو لِرِقَّتِهِ ولَطافتِهِ إلى الكثير، فأعطي حُكمَهُ، والمُثلَّثُ لِغِلَظِهِ لا يَدعُو، وهو في نفسِهِ غِذاءٌ فَبَقِي على الإباحة.

والحديثُ الأوَّلُ غيرُ ثابتٍ على ما بيَّنَّاه[١]، ثمَّ هو مَحمولٌ على القَدَحِ الأخيرِ[٢]؛ إذ هو المُسكِرُ حقيقةً.

والذي يُصَبُّ عليه الماءُ بعد ما ذَهَبَ ثُلُثاهُ بالطَّبخِ حتَّى يَرِقَّ، ثمَّ يُطبَخُ طَبخةً، حُكمُهُ حُكمُ المُثلَّثِ؛ لأنَّ صَبَّ الماءِ لا يَزيدُهُ إلَّا ضَعفاً، بخلاف ما إذا صُبَّ الماءُ على العَصيرِ ثمَّ يُطبَخُ حتَّى يذهبَ ثُلُثا الكلِّ؛ لأنَّ الماءَ يذهبُ أوَّلاً لِلَطافتِهِ، أو يذهبُ منهما، فلا يكونُ الذَّاهبُ ثُلُثَي ماءِ العنبِ.

ولو طُبِخَ العنبُ كما هو، ثمَّ يُعصَرُ، يُكتَفَى بأدنى طبخةٍ في رواية عن أبي حنيفة، وفي رواية عنه: لا يَحِلُّ ما لم يذهب ثُلُثاه بالطَّبخِ، وهو الأصحُّ؛ لأنَّ العَصيرَ قائمٌ فيه من غيرِ تَغيُّرٍ، فصار كما بعد العصر.

ولو جُمِعَ في الطَّبخِ بينَ العِنَبِ والتَّمرِ، أو بينَ التَّمرِ والزَّبيبِ، لا يَحِلُّ حتَّى يذهبَ ثُلُثاهُ؛ لأنَّ التَّمرَ إن كان يُكتفَى فيه بأدنى طبخةٍ، فعصيرُ العنبِ لا بدَّ أن يذهبَ ثُلُثاهُ، فيُعتبَرُ جانبُ العنبِ احتياطاً، وكذا إذا جُمِعَ بينَ عَصيرِ العنبِ ونَقيعِ التَّمرِ؛ لما قلنا.

ولو طُبِخَ نَقيعُ التَّمرِ والزَّبيبِ أدنى طبخةٍ، ثمَّ أُنقِعَ فيه تَمرٌ أو زبيبٌ: إن كان ما أُنقِعَ فيه شيئاً يسيراً لا يُتَّخَذُ النَّبيذُ من مثلِهِ، لا بأس به، وإنْ كان يُتَّخَذُ النَّبيذُ من مثلِهِ، لم يَحِلَّ، كما إذا صُبَّ في المَطبوخِ قَدَحٌ من النَّقيعِ. والمعنى تَغليبُ

= عامَ حَجَّةِ الوداع، فقال رسولُ الله ﷺ: «حرَّمَ اللهُ الخَمْرَ بِعَينِها، والمُسكِرَ من كلِّ شرابٍ»، والحديث حوله كلام كثير انظر نصب الراية.

(١) انظر ص (٣٠٨).

(٢) أي: ولئن سلَّمنا ثُبوتَهُ فهو مَحمولٌ على القَدَحِ الأخير؛ لأنَّ المسكر هو القَدَح الأخير حقيقةً، وإرادةُ ما قبله من الأقداح مجازٌ، وإذا أمكن العملُ بالحقيقةِ لا يُصارُ إلى المجازِ. بناية.

ولا بأسَ بالانتباذِ في الدُّبَّاءِ والحَنتَمِ والمُزَفَّتِ والنَّقيرِ. ....

جهةِ الحُرمةِ[١]، ولا حَدَّ في شُربِهِ؛ لأنَّ التَّحريمَ للاحتياطِ، وهو في الحدِّ في درئه.

ولو طُبِخَ الخمرُ أو غيرُهُ[٢] بعدَ الاشتدادِ حتَّى يَذهَبَ ثُلُثاهُ، لم يَحِلَّ؛ لأنَّ الحُرمةَ قد تَقرَّرتْ، فلا تَرتفِعُ بالطَّبخ.

قال: (ولا بأسَ بالانتباذِ في الدُّبَّاءِ والحَنْتَمِ والمُزَفَّتِ والنَّقيرِ[٣])؛ لقوله ﷺ في حديث فيه طُولٌ بعدَ ذِكْرِ هذه الأوعيةِ: «فاشرَبُوا في كلِّ ظَرْفٍ، فإنَّ الظَّرفَ لا يُحِلُّ شيئاً ولا يُحرِّمُهُ، ولا تَشربُوا المُسكِرَ»[٤]، وقال ذلك بعد ما أخبَرَ عن النَّهي عنه، فكان ناسخاً له.

وإنَّما يُنتَبَذُ فيه بعدَ تَطهيرِهِ، فإن كان الوعاءُ عتيقاً يُغسَلُ ثلاثاً فَيطهُرُ، وإنْ كان جديداً لا يَطهُرُ عندَ محمدٍ لِتَشرُّبِ الخمرِ فيهِ، بخلافِ العتيق. وعند أبي يوسف: يُغسَلُ ثلاثاً ويُجفَّفُ في كلِّ مرَّة، وهي مسألةُ ما لا يَنعصِرُ بالعَصرِ، وقيل عن أبي يوسف: يُملأ ماءً مرَّةً بعد أخرى، حتَّى إذا خرجَ الماءُ صافياً غيرَ مُتغيرٍ يُحكَمُ بطهارتِهِ.

---

(١) يعني: الوجهُ في تحريمِهِ تغليبُ جهةِ الحُرمةِ على جهةِ الحِلِّ. بناية.

(٢) أي: غيرُ الخمرِ من الأشربةِ المحرَّمةِ. بناية.

(٣) «الدُّبَّاء» هو القَرع، و«الحَنْتَم» هو جِرارٌ حُمْرٌ أو خُضرٌ يُحمَلُ فيها الخَمرُ إلى المدينة، الواحدة حَنْتَمة. و«المُزفَّت» هو الظَّرفُ المَطليُّ بالزِّفتِ، و«النَّقير» هو الخَشَبةُ المَنقورة. عناية.

(٤) أخرجه الجماعة إلَّا البخاري، وهو عند مسلم في الأشربة، باب: النَّهي عن الانتباذ في المُزفَّت والدُّبَّاء والحنتم والنَّقير وبيان أنَّه منسوخ وأنَّه اليوم حلال ما لم يَصِرْ مُسكِراً (١٩٩٩) عن بريدة قال: قال رسول الله ﷺ: «كنت نهيتُكُم عن الأشربةِ في ظُروفِ الأَدَمِ فاشربوا في كلِّ وعاءٍ غيرَ أنْ لا تشربوا مُسكِراً».

وفي رواية له: «نهيتكم عن الظُّروفِ، وإنَّ الظُّروفَ - أو ظرفاً - لا يُحِلُّ شيئاً ولا يُحرِّمُهُ، وكلُّ مسكرٍ حرامٌ».

وإذا تَخَلَّلَتِ الخَمرُ حَلَّتْ، سواءٌ صارتْ خَلاً بِنفسِها أو بِشَيءٍ يُطرَحُ فيها، ولا يُكرَهُ تَخليلُها.

قال: (وإذا تَخَلَّلَتِ الخَمرُ حَلَّتْ، سواءٌ صارتْ خَلَّاً بِنفسِها أو بِشَيءٍ يُطرَحُ فيها، ولا يُكرَهُ تَخليلُها). وقال الشَّافعيُّ[1]: يكره التَّخليلُ، ولا يَحِلُّ الخَلُّ الحاصلُ به، إنْ كان التَّخليلُ بإلقاءِ شيءٍ فيه قولاً واحداً، وإنْ كان بغيرِ إلقاءِ شيءٍ فيه، فله في الخَلِّ الحاصلِ به قولان.

له: أنَّ في التَّخليلِ اقتراباً من الخَمرِ على وَجهِ التَّموُّلِ، والأمرُ بالاجتنابِ ينافيه.

ولنا: قوله ﷺ: «نِعْمَ الإدامُ الخَلُّ»[2] من غيرِ فَصْلٍ، وقولُهُ ﷺ: «خيرُ خَلِّكُم خَلُّ خَمرِكُم»[3]، ولأنَّ بالتَّخليلِ يَزولُ الوَصفُ المُفسِدُ وتَثبُتُ صفةُ الصَّلاحِ، من حيثُ تسكينُ الصَّفراءِ وكَسرُ الشَّهوةِ والتَّغذِّي به، والإصلاحُ مُباحٌ، وكذا

---

(١) قال الرافعي في الشرح الكبير (١٠/ ٨٢) ط دار الفكر: الخمرُ قسمان:
- خمرٌ مُحتَرَمةٌ، وهي التي اتُّخذ عصيرُها لِتَصيرَ خلاً، وإنَّما كانت محترَمةً لأنَّ اتِّخاذَ الخلِّ جائزٌ بالإجماع، ولن ينقلب العصيرُ إلى الحموضة إلا بتوسُّطِ الشِّدَّة، فلو لم تُحتَرَم وأريقت في تلك الحالةِ لتَعَذَّرَ إيجادُ الخَلِّ.
- وخمرةٌ غيرُ مُحتَرَمةٍ، وهي التي اتُّخِذ عصيرُها لِغَرَضِ الخَمريَّةِ، وفي كلِّ واحدٍ من القسمين ثلاثُ مسائلَ، إحداها: تخليلُ الخمرِ بِطَرحِ العَصيرِ أو الخَلِّ أو الخبزِ الحارِّ أو غيرِها فيها حرامٌ والخَلُّ الحاصلُ نَجِسٌ. اهـ. وانظر روضة الطالبين (٣/ ٣١٤) ط الكتب العلمية.

(٢) أخرجه الجماعة إلَّا البخاري، وهو عند مسلم في الأشربة، باب: فضيلة الخَلِّ والتَّأدُّم به (٢٠٥١) عن عائشة، وفي (٢٠٥٢) عن جابر بن عبد الله.

(٣) قال البيهقيُّ في المعرفة: رواه المُغيرة بنُ زياد، عن أبي الزُّبير عن جابرٍ عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه قال: «خيرُ خَلِّكم خَلُّ خَمرِكُم»، تفرَّد به المُغيرةُ بن زياد، وليس بالقويِّ، وأهلُ الحجازِ يُسمُّونَ خَلَّ العنبِ خَلَّ الخَمرِ، قال: وإنْ صَحَّ فهو مَحمولٌ على ما إذا تخَلَّلَ بنفسِهِ، وعليه يُحمَلُ أيضاً حديثُ فَرَج بن فضالة. اهـ نصب الراية

ويُكرَهُ شُرْبُ دُردِيِّ الخَمرِ والامتشاطُ بِهِ، ....

الصَّالحُ لِلمَصالِحِ[١] اعتباراً بالمُتخلِّلِ بنفسِهِ وبالدِّباغ.

والاقترابُ[٢] لإعدامِ الفسادِ فأشبَهَ الإراقةَ، والتَّخليلُ أولى لِما فيه من إحرازِ مالٍ يَصيرُ حلالاً في الثَّاني، فَيَختارُهُ مَن ابتُلِيَ به.

وإذا صار الخمرُ خَلاً يَطهُرُ ما يُوازِيها من الإناءِ، فأمَّا أعلاهُ - وهو الذي نَقَصَ منه الخمر - قيل: يَطهُرُ تبَعاً، وقيل: لا يَطهُرُ؛ لأنَّه خمرٌ يابِسٌ، إلَّا إذا غُسِلَ بالخلِّ فَيَتخلَّلُ من ساعتِهِ فَيَطهُرُ، وكذا إذا صُبَّ فيه الخمرُ، ثمَّ مُلِئ خَلاً، يَطهُرُ في الحال على ما قالوا.

قال: (ويُكرَهُ[٣] شُرْبُ دُردِيِّ الخَمرِ[٤] والامتشاطُ بِهِ)؛ لأنَّ فيه أجزاءَ الخمرِ، والانتفاعُ بالمُحرَّمِ حرامٌ، ولهذا لا يَجوزُ أن يُداويَ به جُرْحاً، أو دَبْرَةَ دابَّةٍ، ولا أن يَسقِيَ ذِمِّيّاً، ولا أن يَسقي صبيّاً للتَّداوي، والوَبالُ على مَنْ سَقاهُ.

وكذا لا يَسقيها الدَّوابَّ، وقيل: لا تُحمَلُ الخمرُ إليها، أمَّا إذا قِيدَتْ إلى الخمرِ فلا بأس به، كما في الكلبِ والميتةِ.

ولو ألقى الدُّردِيَّ في الخلِّ لا بأس به؛ لأنَّه يَصيرُ خلاً، لكن يُباحُ حَملُ الخلِّ إليه[٥]، لا عكسُهُ لما قلنا[٦].

---

(١) يجوزُ أن يكونَ معناه المُخلَّلُ صالحٌ لِلمَصالح، والصَّالحُ لِلمَصالِحِ مباحٌ اعتباراً بالمُتخلِّل بنفسِهِ وبالدِّباغ.

(٢) جوابٌ عن قوله: «إنَّ في التَّخليل اقتراباً من الخَمرِ على وَجهِ التَّموُّل».

(٣) عبَّرَ في النُّقايةِ كالزَّاهديِّ بقوله: «وحَرُم»، قال القُهستاني: وإنَّما آثَرَ الحُرمةَ على الكراهةِ الواقعةِ في عبارةِ كثيرٍ من المتونِ؛ لأنَّه أرادَ التَّنبيهَ على المرادِ الدَّالِّ عليه كلامُ الهداية. عا (٤٦/١٠) ط دار المعرفة.

(٤) دُرديُّ الخَمرِ وغيرِها: ما يَبقى في أسفَلِهِ، ومعناه يَحرُمُ شُرْبُ دُرديِّ الخمرِ والانتفاعُ به، وإنَّما خَصَّ الامتشاطَ؛ لأنَّ له تأثيراً في تَحسينِ الشَّعر. عناية.

(٥) أي: المباحُ حملُ الخلِّ إلى الدُّرديِّ.

(٦) إشارةٌ إلى التَّعليلِ المُستفادِ من قوله: «كما في الكلب والميتة».

ولا يُحَدُّ شارِبُهُ إنْ لم يَسْكَرْ. ويُكرَهُ الاحتقانُ بالخمرِ وإقطارُها في الإحليلِ، ويُكرَهُ أكلُ خُبزٍ عُجِن عجينُهُ بالخمرِ.

قال: (ولا يُحَدُّ شارِبُهُ) أي: شاربُ الدُّرديِّ (إنْ لم يَسْكَرْ)، وقال الشَّافعيُّ[1]: يُحَدُّ؛ لأنَّه شَرِبَ جُزءاً من الخمرِ.

ولنا: أنَّ قليلَهُ لا يدعو إلى كثيرِهِ؛ لِما في الطِّباعِ من النَّبوةِ عنه، فكان ناقصاً، فأشبَهَ غيرَ الخمرِ من الأشربةِ، ولا حَدَّ فيها إلَّا بالسُّكرِ، ولأنَّ الغالبَ عليه الثُّفْلُ، فصار كما إذا غَلَبَ عليه الماءُ بالامتزاجِ.

(ويُكرَهُ الاحتقانُ بالخمرِ وإقطارُها في الإحليلِ)؛ لأنَّه انتفاعٌ بالمُحرَّمِ، ولا يجبُ الحَدُّ لِعدَمِ الشُّربِ، وهو السَّبب.

ولو جَعَلَ الخمرَ في مَرَقةٍ لا تُؤكَلُ لِتَنجُّسِها بها، ولا حَدَّ ما لم يَسْكَرْ منه؛ لأنَّه أصابه الطَّبخُ.

(ويُكرَهُ أكلُ خُبزٍ عُجِن عجينُهُ بالخمرِ)؛ لِقيامِ أجزاءِ الخمرِ فيه.

---

(١) قال في مغني المحتاج (٤/ ٢٣٣) ط دار الفكر: ويُحَدُّ بِدُرديِّ خمرٍ. تنبيه: كلامُهُ قد يُوهِمُ أنَّ دُردِيَّ غيرِهِ من المُسكِرات ليس كذلك، وليس مراداً، بل الظَّاهرُ كما قال الأذرعي: إنَّه لا فرق بين الجميع، ويُحَدُّ بالثَّخين منها إذا أكله. اهـ.

فصل في طبخ العصير

والأصلُ: أنَّ ما ذهب بِغَليانِهِ بالنَّارِ وقَذْفِه بالزَّبَدِ، يُجعَلُ كأن لم يكن، ويُعتَبَرُ ذهابُ ثُلُثَي ما بَقِي لِيَحِلَّ الثُّلثُ الباقي.

بيانه: عشَرَةُ دَوارِقَ[1] من عصيرٍ طُبِخ فَذَهَب دَورقٌ بالزَّبد، يُطبَخُ الباقي حتَّى يذهبَ ستَّةُ دَوارق ويبقى الثُّلثُ فَيَحِلَّ؛ لأنَّ الذي يذهبُ زَبَداً هو العصيرُ أو ما يُمازِجُهُ، وأيّاً ما كان جُعِلَ كأنَّ العصيرَ تِسعةُ دوارقَ، فيكونُ ثُلُثُها ثلاثةً.

وأصلٌ آخَرُ: أنَّ العصيرَ إذا صُبَّ عليه ماءٌ قبلَ الطَّبخِ، ثمَّ طُبِخَ بمائِهِ:

- إنْ كان الماءُ أسرَعَ ذهاباً لِرِقَّتِهِ ولَطافتِهِ، يُطبَخُ الباقي بعد ما ذهب مِقدارُ ما صُبَّ فيه من الماء حتَّى يذهَبَ ثُلُثاهُ؛ لأنَّ الذَّاهبَ الأوّلَ هو الماءُ، والثَّاني العصيرُ، فلا بدَّ من ذهابِ ثُلُثَي العصير.

- وإنْ كانا يَذهبانِ معاً تُغلَى الجملةُ حتَّى يذهَبَ ثُلُثاهُ ويَبقى ثُلُثُه فَيَحِلَّ؛ لأنَّه ذهب الثُّلثانِ ماءً وعصيراً، والثُّلُثُ الباقي ماءٌ وعصيرٌ، فصار كما إذا صُبَّ الماءُ فيه بعد ما ذهب من العصيرِ بالغَلْيِ ثُلُثاه.

بيانه: عشَرَةُ دَوارِقَ من عصيرٍ، وعشرونَ دَورقاً من ماءٍ، ففي الوجهِ الأوَّلِ يُطبَخُ حتَّى يَبقَى تِسعُ الجملةِ؛ لأنَّه ثُلُثُ العصيرِ. وفي الوجهِ الثاني حتَّى يذهبَ ثُلُثا الجملةِ؛ لما قلنا.

والغَليُ بِدَفعةٍ أو دَفَعاتٍ سواءٌ، إذا حَصَلَ[2] قبل أن يَصيرَ مُحرَّماً، ولو قَطَعَ عنه النَّارَ فغَلَى حتَّى ذهبَ الثُّلُثانِ يَحِلُّ؛ لأنَّه أثَرُ النَّارِ[3].

---

(١) الدَّورق: مِكيالٌ للشَّرابِ، وهو عجمي.

(٢) أي: الغَليُ.

(٣) بيانه: لو طُبِخَ عصيرٌ حتَّى ذهب ثلاثةُ أخماسِهِ وبقي خُمُساهُ ثمَّ قَطَع عنه النَّارَ، فلم يَبرُدْ حتَّى ذهبَ عنه تَمامُ الثُّلُثينِ، فلا بأس بذلك؛ لأنَّه صار مُثَلَّثاً بقوَّةِ النَّار، فإنَّ الذي بَقي من الحرارةِ بعدَما قطعَ عنه أثرُ تلك النَّار، فهو وما لو صار مُثلَّثاً والنَّارُ تحتَه سواءٌ.

هذا بخلاف ما إذا بَرَدَ قبلَ أن يصيرَ مُثلَّثاً، ثمَّ غُلِي واشتدَّ حتَّى ذهبَ بالغَلَيانِ منه شيءٌ، فإنَّه لا يَحِلُّ؛ =

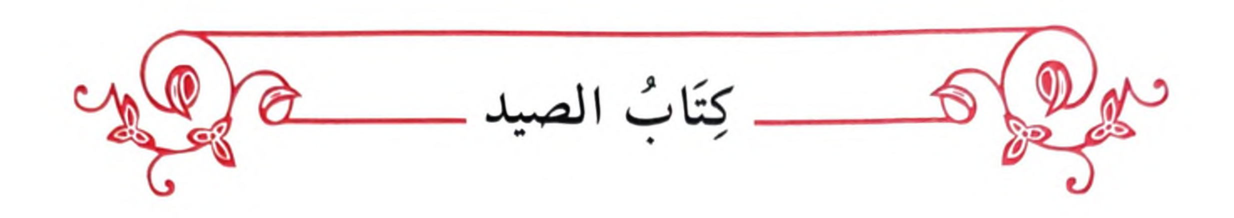
وأصلٌ آخَرُ: أنَّ العصيرَ إذا طُبِخَ فذَهَبَ بعضُهُ، ثمَّ أُهرِيقَ بعضُهُ، ثمَّ تُطبَخُ البقيَّةُ حتَّى يذهبَ الثُّلُثانِ، فالسَّبيلُ فيه أنْ تَأخذَ ثُلُثَ الجميعِ، فَتَضرِبَهُ في الباقي بعد المُنصَبِّ، ثمَّ تَقسِمُهُ على ما بقي بعدَ ذهابِ ما ذَهَبَ بالطَّبخِ قبلَ أن يَنصَبَّ منه شيءٌ، فما يَخرُجُ بالقسمةِ فهو حلالٌ.

بيانه: عشرةُ أرطالِ عَصيرٍ طُبِخَ حتَّى ذهب رطلٌ، ثمَّ أُهرِيقَ منه ثلاثةُ أرطالٍ، تأخذُ ثُلُثَ العصيرِ كلِّهِ، وهو ثلاثةٌ وثُلُثٌ، وتَضرِبُهُ فيما بقي بعدَ المُنصَبِّ، هو ستَّةٌ، فيكون عشرين، ثمَّ تَقسِمُ العشرينَ على ما بقي بعدَ ما ذهبَ بالطَّبخِ منه قبلَ أن يَنصَبَّ منه شيءٌ، وذلك تسعةٌ، فَيَخرجُ لكلِّ جزءٍ من ذلك اثنانِ وتِسعانِ، فعَرَفتَ أنَّ الحلالَ فيما بقي منه رطلانِ وتِسعانِ، وعلى هذا تُخَرَّجُ المسائلُ، ولها طريقٌ آخَرُ، وفيما اكتفينا به كفايةٌ وهدايةٌ إلى تَخريجِ غيرِها من المسائل.



= لأنَّ الغَلَيانَ بعدما انقطَعَ عنه أثَرُ النَّارِ، لا يكونُ إلَّا بعدَ الشِّدَّةِ، وحين اشتَدَّ صارَ مُحرَّماً. عناية.

كتاب الصيد



(كتاب الصيد)

قال: الصَّيدُ الاصطيادُ، ويُطلَقُ على ما يُصادُ. والفِعلُ مُباحٌ لغير المُحرِمِ في غيرِ الحَرَم؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا۟﴾[المائدة: ٢]، وقولِهِ ﷻ ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ ٱلْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾[المائدة: ٩٦]، ولقوله ﷺ لِعَديِّ بنِ حاتِمٍ الطَّائي رضي الله عنه: «إذا أرسلتَ كلبَكَ المُعلَّمَ وذَكرتَ اسمَ اللهِ عليه فكُلْ، وإنْ أكَلَ منه فلا تأكلْ؛ لأنَّه إنَّما أمسَكَ على نفسِهِ، وإن شارَكَ كلبَكَ كلبٌ آخَرُ فلا تأكلْ؛ فإنَّك إنَّما سمَّيتَ على كلبِكَ ولم تُسمِّ على كلبِ غيرِكَ»(١).

وعلى إباحتِهِ انعقَدَ الإجماعُ، ولأنَّه نوعُ اكتسابٍ وانتفاعٍ بما هو مَخلوقٌ لذلك، وفيه استبقاءُ المُكلَّفِ وتَمكينُهُ من إقامةِ التَّكاليفِ، فكان مباحاً بمنزلةِ الاحتطابِ.

ثمَّ جملةُ ما يَحويهِ الكتابُ فصلان: أحدُهما في الصَّيدِ بالجَوارحِ، والثَّاني في الاصطياد بالرَّمي.

(١) أخرجه الأئمَّةُ الستَّةُ، وهو عند البخاري في الذبائح والصيد، باب: إذا وُجِد مع الصَّيدِ كلباً آخَرَ (٥١٦٨)، ومسلم في الصيد والذَّبائح، باب: الصَّيد بالكلاب المعلَّمة (١٩٢٩)، واللفظ للبخاري عن عَديٍّ بنِ حاتِمٍ قال: قلتُ: يا رسولَ اللهِ إنِّي أُرسِلُ كلبي وأسمِّي، فقال النَّبيُّ ﷺ: «إذا أرسلتَ كلبَكَ وسَمَّيتَ فأخَذَ فقتَلَ فأكَلَ فلا تأكلْ؛ فإنَّما أمسَكَ على نفسِهِ»، قلتُ: إنِّي أرسِلُ كلبي فأجِدُ معَهُ كلباً آخَرَ، لا أدري أيُّهما أخَذَه؟ فقال: «لا تأكلْ؛ فإنَّما سَمَّيت على كلبِكَ ولم تُسمِّ على غيرِهِ»، وسألتُهُ عن صيدِ المِعراضِ فقال: «إذا أصبتَ بِحَدِّهِ فَكُلْ، وإذا أصبتَ بِعَرضِهِ فقتَلَ فإنَّهُ وَقيذٌ فلا تأكلْ».

فصل في الجوارح

ويَجوزُ الاصطيادُ بِالكَلبِ المُعَلَّمِ والفَهدِ والبازيِّ وسائرِ الجَوارِحِ المُعلَّمةِ. وفي الجامع الصَّغير: وكلُّ شيءٍ عَلَّمتَهُ من ذي نابٍ من السِّباعِ وذي مِخلَبٍ من الطَّيرِ، فلا بأسَ بِصَيدِهِ، ولا خَيْرَ فيما سِوى ذلك، إلَّا أنْ تُدرِكَ ذَكاتَهُ.

(فصل في الجوارح)

قال: (ويَجوزُ الاصطيادُ بِالكَلبِ المُعَلَّمِ والفَهدِ والبازيِّ وسائرِ الجَوارِحِ المُعلَّمةِ. وفي الجامع الصَّغير: وكلُّ شيءٍ عَلَّمتَهُ من ذي نابٍ من السِّباعِ وذي مِخلَبٍ من الطَّيرِ، فلا بأسَ بِصَيدِهِ، ولا خَيْرَ[1] فيما سِوى ذلك، إلَّا أنْ تُدرِكَ ذَكاتَهُ).

والأصلُ فيه[2] قولُهُ تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾[المَائدة: ٤]، والجَوارحُ: الكَواسِبُ في تأويلٍ، والمُكلِّبين: المسلِّطين، فيتناولُ الكُلَّ[3] بِعُمومِهِ، دلَّ عليه ما روينا من حديث عَدِيٍّ رضي الله عنه، واسمُ الكلبِ في اللُّغةِ يقَعُ على كلِّ سَبُعٍ حتَّى الأسد.

وعن أبي يوسف أنَّه استثنى من ذلك الأسَدَ والدُّبَّ؛ لأنَّهما لا يَعملانِ لغيرهما، الأسدُ لِعُلوِّ هِمَّتِهِ، والدُّبُّ لِخَساستِهِ، وألحَقَ بهما بعضُهُم الحِدأَةَ لِخَساستِها.

والخِنزيرُ مُستثنى؛ لأنَّه نَجِسُ العينِ، فلا يجوزُ الانتفاعُ به.

ثمَّ لا بدَّ من التَّعليمِ؛ لأنَّ ما تلونا من النَّصِّ يَنطِقُ باشتراطِ التَّعليمِ، والحديثِ[4]

---

(١) أي: لا يجوز فيما سوى ذلك. بناية.

(٢) أي: في جوازِ الاصطيادِ بالمذكور قولُهُ تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾[المَائدة: ٤]، وذلك لأنَّه معطوفٌ على قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَٰتُ﴾[المَائدة: ٤]، أي: أحل لكم الطيباتِ وصيدَ ما عَلَّمتم. عناية.

(٣) أي: كلَّ ذي نابٍ جارحٍ، وكلَّ ذي مِخلبٍ جارحٍ بعموم اللفظِ. بناية.

(٤) بالجرِّ عطفاً على قوله: «النص»، وأي: ما تلونا من الحديثِ ينطق باشتراط التَّعليمِ والإرسالِ.

تَعليمُ الكَلبِ: أنْ يَترُكَ الأكلَ ثَلاثَ مَرَّاتٍ. وتَعليمُ البازيِّ: أنْ يَرجِعَ ويُجِيبَ إذا دَعوتَهُ.

بِهِ وبالإرسالِ، ولأنَّه إنَّما يَصيرُ آلةً بالتَّعليمِ ليكونَ عاملاً له، فيترسَّلُ بإرسالِهِ، ويُمسِكُهُ عليه.

قال: (**تَعليمُ الكَلبِ: أنْ يَترُكَ الأكلَ ثَلاثَ مَرَّاتٍ. وتَعليمُ البازيِّ: أنْ يَرجِعَ ويُجِيبَ إذا دَعوتَهُ**)، وهو مأثورٌ عن ابن عباس رضي الله عنهما[(١)]، ولأنَّ بدَنَ البازيِّ لا يَحتَمِلُ الضَّربَ، وبدَنَ الكلبِ يَحتمِلُهُ فيُضرَبُ لِيَترُكَه، ولأنَّ آيةَ التَّعليمِ تَرْكُ ما هو مألوفٌ عادةً، والبازيُّ مُتوحِّشٌ مُتَنَفِّرٌ، فكانت الإجابةُ آيةَ تعليمِهِ.

وأمَّا الكلبُ فهو مألوفٌ يَعتادُ الانتهابَ، فكان آيةُ تعليمِهِ تَرْكَ مَألوفِهِ، وهو الأكلُ والاستلابُ، ثمَّ شُرِطَ تَرْكُ الأكلِ ثلاثاً، وهذا عندهما، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنَّ فيما دونَهُ مَزيدُ الاحتمالِ، فلعَلَّهُ تَركَه مرَّةً أو مرَّتَينِ شِبَعاً، فإذا تَركَه ثلاثاً دَلَّ على أنَّه صار عادةً له، وهذا لأنَّ الثَّلاثَ مُدَّةٌ ضُرِبت للاختبارِ وإبلاءِ الأعذارِ، كما في مُدَّةِ الخيار وفي بَعضِ قَصَصِ الأخيار[(٢)]، ولأنَّ الكثيرَ هو الذي يَقَعُ أمارةً على العِلمِ دونَ القليلِ، والجَمْعُ هو الكثيرُ، وأدناهُ الثَّلاثُ فقُدِّر بها.

---

(١) قال الزيلعي (٤/ ٣١٤): غريبٌ، وأخرج البخاري في الذبائح والصَّيدِ، باب: إذا أكل الكلب، و ابن عباس: إنْ أكَلَ الكلبُ فقَدْ أفسدَهُ، إنَّما أمسَكَ على نفسِهِ، والله يقولُ ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤]، فيُضرَبُ ويُعلَّمُ حتَّى يترك.

وروى ابنُ جرير الطَّبريُّ في تفسيره سورة المائدة عن ابنِ عبَّاس أنَّه قال في الطَّير: إذا أرسلتَهُ، فقتَلَ فكُلْ، فإنَّ الكلبَ إذا ضربتَهُ لم يَعُدْ، فإنَّ تعليمَ الطَّيرِ أن يَرجِعَ إلى صاحِبِهِ، وليس يُضرَب، فإذا أكَلَ من الصَّيدِ ونتَفَ الرِّيشَ فكُلْ. اهـ.

(٢) قيل: أرادَ به حِكايةَ موسى مع الخَضِرِ عليهما الصَّلاة والسَّلام، حيث قال في الكَرَّةِ الثَّالثةِ: ﴿هَٰذَا فِرَاقُ بَيْنِي وَبَيْنِكَ﴾ [الكهف: ٧٨]. عناية.

وإذا أرسَلَ كَلْبَهُ المُعَلَّمَ، أو بازِيَّهُ وذَكَرَ اسمَ اللهِ تعالى عندَ إرسالِهِ، فأخَذَ الصَّيدَ وجَرَحَهُ فَماتَ، حَلَّ أكلُهُ. ....

وعند أبي حنيفة على ما ذَكَرَ في الأصل: لا يَثبُتُ التَّعليمُ ما لم يَغلِبْ على ظَنِّ الصَّائدِ أنَّه مُعلَّمٌ، ولا يُقدَّرُ بالثَّلاثِ؛ لأنَّ المَقاديرَ لا تُعرَفُ اجتهاداً بل نصّاً وسماعاً، ولا سَمْعَ فَيُفوَّضُ إلى رأيِ المُبتَلَى به، كما هو أصله في جنسها.

وعلى الرِّوايةِ الأولى عنده يَحِلُّ ما اصطاده ثالثاً[1]، وعندهما لا يَحِلُّ؛ لأنَّه إنَّما يَصيرُ مُعلَّماً بعد تَمامِ الثَّلاثِ، وقبلَ التَّعليمِ غيرُ مُعلَّمٍ، فكانَ الثَّالثُ صيدَ كَلبٍ جاهلٍ، وصارَ كالتَّصرُّفِ المُباشِرِ في سُكوتِ المَولى[2].

وله: أنَّه[3] آيةُ تَعليمِهِ عنده، فكان هذا صيدَ جارحةٍ مُعلَّمةٍ، بخلافِ تلك المسألةِ[4]؛ لأنَّ الإذنَ إعلامٌ، ولا يتحقَّقُ دونَ علمِ العبدِ، وذلك بعد المباشَرَةِ[5].

قال: (**وإذا أرسَلَ كَلْبَهُ المُعَلَّمَ، أو بازِيَّهُ وذَكَرَ اسمَ اللهِ تعالى عندَ إرسالِهِ، فأخَذَ الصَّيدَ وجَرَحَهُ فَماتَ، حَلَّ أكلُهُ**)؛ لِما روينا من حديث عدي رضي الله عنه، ولأنَّ الكلبَ أو البازيَّ آلةٌ، والذَّبحُ لا يَحصُلُ بِمُجرَّدِ الآلةِ إلَّا بالاستعمالِ، وذلك فيهما بالإرسالِ، فَنُزِّلَ مَنزلةَ الرَّمي وإمرارِ السِّكِّينِ، فلا بدَّ من التَّسميةِ عندَهُ[6]،

(١) يعني: إذا أخذ صيداً فلم يأكل، ثمَّ أخذ ثانياً فلم يأكلْ، ثمَّ أخذ ثالثاً فلم يأكل، يحلُّ أكلُ الصَّيدِ الثالثِ عند أبي حنيفة، وعندهما لا يَحلُّ.

(٢) يعني: إذا رأى المولى عبدَهُ يتصرَّفُ، فسكَتَ، يكونُ إذناً له فيما بعد، والتَّصرُّفُ الذي يُباشرُهُ غيرُ صحيحٍ بالاتِّفاق. بناية.

(٣) أي: تركُ الأكلِ.

(٤) أراد مسألةَ ما إذا رأى المولى عبدَهُ يتصرَّفُ فسَكَتَ.

(٥) أي: علمُ العبدِ لا يكونُ إلَّا بعدَ المباشرةِ، وما باشَرَهُ قبلَ العلمِ يكونُ تصرُّفَ محجورٍ فلا يَنفُذُ. بناية.

(٦) أي: عندَ الإرسالِ.

فإنْ أكَلَ منه الكَلْبُ أو الفهدُ لم يُؤكَلْ، وإنْ أكلَ منه البازِيُّ أكِلَ. ولو أنَّه صادَ صُيُوداً ولم يأكلْ منها، ثمَّ أكَلَ من صَيدٍ، لا يُؤكَلُ هذا الصَّيدُ. ....

ولو تَرَكَهُ ناسياً حَلَّ أيضاً على ما بيَّنَّاه[١]، وحُرمَةَ[٢] متروكِ التَّسميةِ عامداً في الذَّبائح.

ولا بدَّ من الجَرحِ في ظاهرِ الرِّوايةِ[٣] لِيَتحقَّقَ الذَّكاةُ الاضطراريُّ، وهو الجَرْحُ في أيِّ مَوضِعٍ كانَ من البَدَنِ بانتسابِ ما وُجِدَ من الآلةِ إليهِ بالاستعمالِ، وفي ظاهرِ قولِهِ تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ ٱلْجَوَارِحِ﴾[المائدة: ٤] ما يُشيرُ إلى اشتراطِ الجَرْحِ؛ إذ هو مِنَ الجَرْحِ بمعنى الجِراحةِ في تأويلٍ[٤]، فَيُحمَلُ على الجارحِ الكاسِبِ بِنابِهِ ومِخلَبِهِ، ولا تنافي، وفيه أَخذٌ باليقين.

وعن أبي يوسف: أنَّه لا يُشتَرَطُ[٥] رجوعاً إلى التَّأويلِ الأوَّلِ، وجوابُهُ ما قلنا.

قال: (فإنْ أكَلَ منه الكَلبُ أو الفهدُ لم يُؤكَلْ، وإنْ أكلَ منه البازِيُّ أكِلَ). والفرقُ ما بيَّنَّاه في دلالةِ التَّعليم، وهو مُؤيَّدٌ بما روينا من حديث عَدِيٍّ رضي الله عنه، وهو حُجَّةٌ على مالكٍ والشَّافعيِّ في قولِهِ القديمِ في إباحةِ ما أَكَلَ الكلبُ منه.

(ولو أنَّه صادَ صُيُوداً ولم يأكلْ منها، ثمَّ أكَلَ من صَيدٍ، لا يُؤكَلُ هذا الصَّيدُ)؛ لأنَّه علامةُ الجهلِ، ولا ما يَصيدُهُ بعدَهُ حتَّى يَصيرَ مُعلَّماً، على اختلافِ الرِّواياتِ كما بيَّنَّاها في الابتداء[٦]، وأمَّا الصُّيودُ التي أخَذَها من قبلُ، فما أُكِلَ منها لا تَظهَرُ الحُرمةُ فيه لانعدامِ المَحلِّيَّةِ[٧]، وما ليس بِمُحرَزٍ، بأن كان في المَفازَةِ،

---

(١) أي: من أنَّ تَرْكَ التَّسميةِ ناسياً لا يضرُّ.

(٢) بالنَّصب عطفاً على الضَّميرِ المنصوبِ في «بيَّنَّاه».

(٣) أي: لا بدَّ من جَرحِ الكلبِ أو البازيِّ الصَّيدَ، حتَّى لو قتَلَه الكلبُ أو البازيُّ بلا جرحٍ لا يحلُّ. بناية.

(٤) يعني: غير ما أوَّلناه أوَّلاً، وهو قولُهُ: «والجوارحُ الكَواسِبُ في تأويلٍ».

(٥) أي: الجَرْحُ.

(٦) أراد ما ذكر أنَّه يَحِلُّ عنده ما اصطاده ثالثاً ... إلخ. انظر ص (٣٣٠).

(٧) لأنَّ الحكمَ بالحرمةِ لا يُتصوَّرُ إلَّا في محلٍّ قائمٍ، وقد فات المحلُّ بالأكلِ. بناية.

ولو أنَّ صَقْراً فَرَّ مِنْ صاحِبِهِ فَمَكَثَ حيناً، ثمَّ صادَ، لا يُؤكَلُ صَيدُهُ. ولو شَرِبَ الكلبُ من دَمِ الصَّيدِ ولم يَأكلْ منه، أُكِلَ. ....

بأنْ لم يَظْفَرْ صاحِبُهُ بعدُ، تَثبُتُ الحُرمَةُ فيه بالاتِّفاقِ، وما هو مُحرَزٌ في بَيتِهِ يَحرُمُ عنده، خلافاً لهما.

هما يقولان: إنَّ الأكلَ ليس يدلُّ على الجَهلِ فيما تَقدَّمَ؛ لأنَّ الحِرفةَ قد تُنسَى، ولأنَّ فيما أحرَزَهُ قد أُمضيَ الحكمُ فيه بالاجتهادِ[١]، فلا يُنقَضُ باجتهادٍ مِثلِهِ؛ لأنَّ المَقصودَ قد حصَلَ بالأوَّلِ[٢]، بخلافِ غيرِ المُحرَزِ؛ لأنَّه ما حَصَلَ المَقصودُ من كلِّ وجهٍ، لِبقائِهِ صيداً من وَجهٍ؛ لِعَدَمِ الإحرازِ، فحَرَّمناهُ احتياطاً.

وله: أنَّه آيةُ جَهلِهِ من الابتداءِ؛ لأنَّ الحِرفةَ لا يُنسَى أصلُها، فإذا أكلَ تبيَّنَ أنَّه كان تَرَكَ الأكل للشِّبَعِ لا للعِلْمِ، وتَبدَّلَ الاجتهادُ قبلَ حُصولِ المَقصودِ؛ لأنَّه بالأكلِ[٣]، فصار كتَبَدُّلِ اجتهادِ القاضي قبلَ القضاءِ.

(ولو أنَّ صَقْراً فَرَّ مِنْ صاحِبِهِ فَمَكَثَ حيناً، ثمَّ صادَ[٤]، لا يُؤكَلُ صَيدُهُ)؛ لأنَّه تَرَكَ ما صارَ به عالِماً، فيُحكَمُ بِجهلِهِ، كالكلبِ إذا أكلَ من الصَّيدِ.

(ولو شَرِبَ الكلبُ من دَمِ الصَّيدِ ولم يَأكلْ منه، أُكِلَ)؛ لأنَّه مُمسِكٌ للصَّيدِ عليه[٥]، وهذا من غايةِ علمِهِ، حيثُ شَرِبَ ما لا يَصلُحُ لصاحِبِهِ وأمسَكَ عليه ما يَصلُحُ له.

---

(١) أي: علمُ الكلب بالصَّيدِ يثبتُ بالاجتهاد. بناية.

(٢) أي: بالاجتهاد الأوَّل.

(٣) أي: لأنَّ المقصودَ من الاصطيادِ الأكلُ من الصَّيدِ، ولم يوجد.

(٤) يعني: بعدما رَجَع إلى صاحبِهِ لم يُؤكَل، وأمَّا قبلَ الرُّجوعِ إليه فلا شُبهةَ في حُرمةِ ما صادَهُ لانتفاءِ الإرسال. عناية.

(٥) أي: على صاحبه.

ولو أَخَذَ الصَّيدَ من المُعَلَّمِ، ثمَّ قَطَعَ منه قِطعَةً وألقاها إليه فَأَكَلَها، يُؤكَلُ ما بَقِيَ. ولو نَهَسَ الصَّيدَ فَقَطَعَ منه بَضعَةً فأكَلَها، ثمَّ أدرَكَ الصَّيدَ فقَتَلَهُ ولم يأكلْ منه، لم يُؤكَلْ. ولو ألقَى ما نَهَسَهُ واتَّبَعَ الصَّيدَ فَقَتَلَهُ، ولم يأكلْ منه، وأخَذَهُ صاحِبُهُ ثمَّ مَرَّ بتلكَ البَضْعَةِ فأكَلَها، يُؤكَلُ الصَّيدُ. ....

(ولو أَخَذَ الصَّيدَ من المُعَلَّمِ، ثمَّ قَطَعَ منه قِطعَةً وألقاها إليه فَأَكَلَها، يُؤكَلُ ما بَقِيَ)؛ لأنَّه لم يَبْقَ صيداً، فصار كما إذا ألقى إليه طعاماً غيرَهُ، وكذا إذا وَثَبَ الكلبُ فأخَذَهُ منه وأكَلَ منه؛ لأنَّه ما أكلَ من الصَّيدِ[1]، والشَّرطُ تَرْكُ الأكلِ من الصَّيدِ، فصارَ كما إذا افتَرَسَ شاتَهُ[2]، بخلاف ما إذا فعَلَ ذلك قبلَ أن يُحرِزَهُ المالكُ؛ لأنَّه بقيتْ فيه جِهةُ الصَّيديَّةِ.

(ولو نَهَسَ الصَّيدَ[3] فَقَطَعَ منه بَضعَةً فأكَلَها، ثمَّ أدرَكَ الصَّيدَ فقَتَلَهُ ولم يأكلْ منه، لم يُؤكَلْ)؛ لأنَّه صيدُ كلبٍ جاهلٍ، حيثُ أكَلَ من الصَّيدِ.

(ولو ألقَى ما نَهَسَهُ واتَّبَعَ الصَّيدَ فَقَتَلَهُ، ولم يأكلْ منه، وأخَذَهُ صاحِبُهُ ثمَّ مَرَّ بتلكَ البَضْعَةِ فأكَلَها، يُؤكَلُ الصَّيدُ[4])؛ لأنَّه لو أكلَ من نَفسِ الصَّيدِ في هذه الحالةِ[5] لم يَضرَّهُ، فإذا أكلَ ما بانَ منه وهو لا يَحِلُّ لصاحِبِهِ أولى، بخلافِ الوجهِ الأوَّلِ؛ لأنَّه أكَلَ في حالةِ الاصطيادِ، فكان جاهلاً مُمسِكاً لنفسِهِ، ولأنَّ نَهْسَ البَضعةِ قد يكونُ لِيأكلَها، وقد يكونُ حِيلَةً في الاصطيادِ، لِيَضعُفَ بِقَطعِ القِطعةِ منه فَيُدرِكَهُ، فالأكلُ قبلَ الأخذِ يدلُّ على الوجهِ الأوَّل، وبعدَهُ على الوجهِ الثَّاني، فلا يدلُّ على جهلِهِ.

---

(١) لأنَّ الصَّيدَ اسمٌ لمتوحِّشٍ غيرِ مُحرَزٍ. وقد زالَ التَّوحُّشُ بالقتل، وزال عدمُ إحرازِهِ بالإحرازِ، والتحق بسائر الأطعمةِ، وتناولُهُ من سائرِ الأطعمةِ لا يدلُّ على جهلِهِ، وهاهنا كذلك. بناية.

(٢) أي: فصار حكمُ هذا كما إذا خطَفَ غنمةً من أغنامِهِ، حيثُ لا يُحكمُ بجهلِهِ، فكذا هذا. بناية.

(٣) أي: عضَّهُ، بأن قبضَ على لحمِهِ ومدَّه بالفم. بناية.

(٤) لأنَّ هذا من غايةِ علمِهِ، حيثُ لم يأكلْ وقتَ العملِ لصاحبِهِ، وقد اكلَ بعدَ الفراغِ منه. بناية.

(٥) يعني: بعد إحرازِ صاحبِهِ وأخذِهِ.

وإنْ أدركَ المُرسِلُ الصَّيدَ حَيَّاً وَجَبَ عليه أنْ يُذَكِّيَهُ، وإنْ تَرَكَ تَذكيَتَهُ حتَّى ماتَ لم يُؤكَلْ، وكذا البازِيُّ والسَّهمُ، ....

قال: (وإنْ أدركَ المُرسِلُ الصَّيدَ حَيَّاً وَجَبَ عليه أنْ يُذَكِّيَهُ، وإنْ تَرَكَ تَذكيَتَهُ حتَّى ماتَ لم يُؤكَلْ، وكذا البازِيُّ والسَّهمُ)؛ لأنَّه قَدَرَ على الأصلِ قبلَ حُصولِ المَقصودِ بالبَدَلِ، إذِ المَقصودُ هو الإباحةُ، ولم تَثبُتْ قبلَ مَوتِهِ، فبَطَلَ حكمُ البَدَلِ.

وهذا إذا تَمكَّنَ من ذَبحِهِ، أمَّا إذا وَقَعَ في يدِهِ ولم يَتمَكَّنْ من ذَبحِهِ، وفيه مِنَ الحياةِ فوقَ ما يكونُ في المَذبوحِ، لم يُؤكلْ في ظاهرِ الرِّوايةِ، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنَّه يَحِلُّ، وهو قولُ الشَّافعيِّ[1]؛ لأنَّه لم يَقدِرْ على الأصلِ، فصار كما إذا رأى الماءَ ولم يَقدِرْ على الاستعمال.

ووجهُ الظَّاهرِ: أنَّه قَدَرَ اعتباراً[2]؛ لأنَّه ثَبَتَ يدُهُ على المَذبُوحِ[3]، وهو قائمٌ مَقامَ التَّمكُّنِ من الذَّبحِ، إذْ لا يُمكِنُ اعتبارُهُ[4]؛ لأنَّه لا بدَّ له من مدَّةٍ، والنَّاسُ يَتفاوتونَ فيها على حَسَبِ تَفاوتِهِم في الكِياسةِ والهدايةِ في أمرِ الذَّبحِ،

---

(١) قال النووي في الروضة (٢/ ٥٠٩) ط الكتب العلمية: فصل: إذا أرسَلَ سلاحاً، كَسَهمٍ وسَيفٍ وغيرهما، أو كلباً مُعلَّماً على صيدٍ، فأصابه، ثمَّ أدركَ الصَّيدَ حيَّاً، نَظَرَ:
- إن لم يَبقَ فيه حياةٌ مُستقرَّةٌ، بأن كان قَطَع حلقومَهُ ومَرْيَه، أو أجافَهُ، أو خَرَق أمعاءه، فَيُستَحبُّ أن يُمِرَّ السِّكِّين على حَلقِهِ لِيُريحه، فإن لم يفعل وتركَهُ حتَّى مات فهو حلال، كما لو ذَبَح شاة فاضطربت أو عَدَت.
- وإن بقيت فيه حياةٌ مُستقرَّةٌ، فله حالان: أحدهما: أن يَتعذَّر ذبحُهُ بغير تقصيرٍ من صائدِهِ، حتَّى يموت، فهو حلالٌ أيضا للعذر. والثاني: أن لا يتعذَّر ذبحُهُ، فتَرَكَه حتَّى مات، أو تعذَّرَ بتقصيره، فمن صور الحال الأول، فمات فهو حرام، كما لو تردَّى بعيرٌ فلم يذبحه حتَّى مات. وانظر المجموع (٩/ ١١٤) ط دار الفكر.

(٢) أي: قدَرَ على الذَّبحِ حكماً ولم يَقدِر عليه حقيقةً.

(٣) يعني: وقع الصَّيدُ في يدِهِ حيَّاً، فثبتت يدُهُ على الذَّبح. بناية.

(٤) أي: لا يُمكِنُ اعتبارُ الذَّبحِ نفسِهِ حقيقةً.

فَأُديرَ الحُكمُ على ما ذكرناه[1].

بخلاف ما إذا بقي فيه من الحياةِ مِثلُ ما يَبقَى في المَذبوحِ؛ لأنَّه ميِّتٌ حُكماً، ألا ترى أنَّه لو وَقَعَ في الماءِ وهو بهذه الحالةِ لم يَحرُمْ، كما إذا وَقَعَ وهو ميِّتٌ، والميِّتُ ليس بِمَذبَحٍ.

وفصَّلَ بعضُهُم فيها تفصيلاً، وهو أنَّه إن لم يَتمكَّنْ لِفَقدِ الآلةِ لم يُؤكَلْ، وإن لم يتمكَّنْ لِضِيقِ الوقتِ لم يُؤكلْ عندنا، خلافاً للشَّافعيِّ[2]؛ لأنَّه إذا وَقَعَ في يدِهِ لم يَبقَ صيداً، فبَطَلَ حُكمُ ذكاةِ الاضطرارِ.

وهذا[3] إذا كان يُتوهَّمُ بَقاؤُه، أمَّا إذا شَقَّ[4] بطنَهُ، وأخرج ما فيه، ثمَّ وَقَعَ في يدِ صاحبِهِ حَلَّ؛ لأنَّ ما بَقي اضطرابُ المَذبوحِ فلا يُعتَبَرُ، كما إذا وَقعتْ شاةٌ في الماءِ بعدما ذُبِحَت، وقيل: هذا قولهما.

أمَّا عند أبي حنيفة فلا يؤكلُ أيضاً؛ لأنَّه وَقَع في يدِهِ حيّاً، فلا يَحِلُّ إلَّا بِذكاةِ الاختيارِ، رَدّاً إلى المُتردِّيةِ[5] على ما نَذكُرُه إن شاء الله تعالى.

هذا الذي ذكرنا إذا تركَ التَّذكيةَ[6]، فلو أنَّه ذكَّاه حَلَّ أكلُهُ عند أبي حنيفة، وكذا المُتردِّيةُ والنَّطيحةُ[7] والمَوقُوذَةُ[8]، والذي بَقَرَ الذِّئبُ بطنَهُ وفيه حياةٌ خفيَّةٌ أو بيِّنَةٌ، وعليه الفتوى لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المَائدة: ٣] استثناه مُطلَقاً من غير فَصلٍ.

---

(١) يعني: من ثُبوتِ اليدِ على المَذبوحِ، كما أقيم السَّفرُ مُقامَ المشقَّةِ، فدار الحكمُ وجدت المشَّقةُ أو لا. بناية.

(٢) انظر ص (٣٣٤) ت (١).

(٣) أي: ما ذكرنا من إقامةِ ثُبوتِ اليدِ مَقامَ التَّمكُّنِ، حتَّى لا يَحِلُّ بدونِ الذَّكاةِ، فيما إذا كان بقاؤه مُتوهَّماً. عناية.

(٤) أي: الكلبُ المعلَّمُ.

(٥) وهي التي تقعُ في البئرِ، أو تَسقُطُ من الجبلِ ونحوِهِ.

(٦) أي: هذا الذي ذكرنا أنَّه لا يُؤكَلُ عنده إذا شَقَّ الكلبُ المعلَّمُ بطنَهُ وأخرج ما فيه إذا تَرَكَ التَّذكيةَ.

(٧) وهي التي نَطَحَتْها أخرى فماتت بالنَّطح.

(٨) وهي المضروبةُ حتَّى الموت.

ولو أدركَهُ ولم يَأخُذْهُ، فإنْ كانَ في وَقتٍ لو أخَذَهُ أمكَنَهُ ذَبْحُهُ لم يُؤكَلْ، وإنْ كان لا يُمكِنُهُ ذَبْحُهُ أُكِلَ، وإنْ أدركَهُ فَذَكَّاهُ حَلَّ له. وإذا أرسَلَ كَلْبَهُ المُعلَّمَ على صَيدٍ وأخَذَ غيرَهُ حَلَّ، ولو أرسَلَهُ على صَيدٍ كَثيرٍ وسَمَّى مَرَّةً واحدةً حالةَ الإرسالِ، فلو قَتَلَ الكُلَّ يَحِلُّ بهذِهِ التَّسميةِ الواحدةِ. ....

وعند أبي يوسف: إذا كان بحالٍ لا يَعيشُ مِثلُهُ لا يَحِلُّ؛ لأنَّه لم يكنْ مَوتُهُ بالذَّبحِ.

وقال محمد: إن كان يَعيشُ فوقَ ما يَعيشُ المَذبوحُ يَحِلُّ، وإلَّا فلا؛ لأنَّه لا مُعتَبَرَ بهذِهِ الحياةِ على ما قرَّرناه.

(ولو أدركَهُ ولم يَأخُذْهُ، فإنْ كانَ في وَقتٍ لو أخَذَهُ أمكَنَهُ ذَبْحُهُ لم يُؤكَلْ)؛ لأنَّه صار في حُكمِ المَقدُورِ عليه، (وإنْ كان لا يُمكِنُهُ ذَبْحُهُ أُكِلَ)؛ لأنَّ اليدَ لم تَثبُت به، والتَّمكُّنُ من الذَّبحِ لم يوجد، (وإنْ أدركَهُ فَذَكَّاهُ حَلَّ له)؛ لأنَّه إن كان فيه حياةٌ مُستقرَّةٌ فالذَّكاةُ وقعت مَوقِعَها بالإجماع، وإن لم يكن فيه حياةٌ مُستقِرَّةٌ؛ فعند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ ذكاتُهُ الذَّبحُ على ما ذكرناه[١] وقد وُجِدَ، وعندهما: لا يَحتاجُ إلى الذَّبح.

(وإذا أرسَلَ كَلْبَهُ المُعلَّمَ على صَيدٍ وأخَذَ غيرَهُ حَلَّ)، وقال مالك[٢]: لا يَحِلُّ؛ لأنَّه أخَذَه بغيرِ إرسالٍ؛ إذِ الإرسالُ مُختَصٌّ بالمُشارِ إليه.

ولنا: أنَّه شَرْطٌ غيرُ مُفيدٍ؛ لأنَّ مَقصودَهُ حُصولُ الصَّيدِ، إذْ لا يَقدِرُ على الوفاءِ به؛ إذ لا يُمكِنُهُ تعليمُهُ على وَجهٍ يأخُذُ ما عيَّنَه، فسَقَطَ اعتبارُهُ.

(ولو أرسَلَهُ على صَيدٍ كَثيرٍ وسَمَّى مَرَّةً واحدةً حالةَ الإرسالِ، فلو قَتَلَ الكُلَّ يَحِلُّ بهذِهِ التَّسميةِ الواحدةِ)؛ لأنَّ الذَّبحَ يَقَعُ بالإرسالِ على ما بيَّنَّاه[٣]، ولهذا تُشتَرَطُ

---

(١) إشارةٌ إلى قوله: «لأنَّه وَقَعَ في يدِهِ حيًّا».

(٢) انظر الشرح الكبير، مع حا الدسوقي عليه (٢/ ١٠٤).

(٣) يعني: في أوائل كتابِ الذَّبائحِ، حيثُ قال: تُشتَرَطُ عندَ الإرسالِ والرَّمي.

وَمَنْ أرسَلَ فَهْداً فَكَمَنَ حتَّى يَستمكِنَ، ثمَّ أخَذَ الصَّيدَ فقتَلَهُ يُؤكَلُ، وكذا الكلبُ إذا اعتادَ عادَتَهُ. ولو أخَذَ الكلبُ صَيداً فقتَلَهُ، ثمَّ أخَذَ آخَرَ فقتَلَهُ وقد أرسَلَهُ صاحِبُهُ، أُكِلا جميعاً. ولو قتَلَ الأوَّلَ فَجَثَمَ عليه طَويلاً من النَّهارِ، ثمَّ مَرَّ به صيدٌ آخَرُ فقتَلَهَ، لا يُؤكَّلُ الثَّاني. ولو أرسَلَ بازِيَهِ المُعَلَّمَ على صَيدٍ، فَوَقَعَ على شيءٍ، ثمَّ اتَّبَعَ الصَّيدَ فأخَذَهُ وقتَلَهُ، فإنَّهُ يُؤكَلُ. ....

التَّسميةُ عندَهُ[1]، والفِعلُ واحدٌ فيكفيهِ تسميةٌ واحدةٌ، بخلافِ ذَبحِ الشَّاتينِ بتسميةٍ واحدةٍ؛ لأنَّ الثَّانيةَ تَصيرُ مَذبوحةً بفعلٍ غيرِ الأوَّلِ، فلا بدَّ من تسميةٍ أخرى، حتَّى لو أضجَعَ إحداهما فوقَ الأخرى، وذَبَحَهما بمرَّةٍ واحدةٍ تَحِلانِ بتسميةٍ واحدةٍ.

(ومَنْ أرسَلَ فَهْداً فكَمَنَ حتَّى يَستمكِنَ، ثمَّ أخَذَ الصَّيدَ فقتَلَهُ يُؤكَلُ)؛ لأنَّ مُكثَهُ ذلك حِيلَةٌ منه للصَّيدِ، لا استراحةٌ، فلا يَقطَعُ الإرسالَ، **(وكذا الكلبُ إذا اعتادَ عادَتَهُ)**.

(ولو أخَذَ الكلبُ صَيداً فَقتَلَهُ، ثمَّ أخَذَ آخَرَ فقتَلَهُ وقد أرسَلَهُ صاحِبُهُ، أُكِلا جميعاً)؛ لأنَّ الإرسالَ قائمٌ لم يَنقطِع، وهو بمنزلةِ ما لو رَمَى سهماً إلى صيدٍ فأصابَهُ وأصابَ آخَرَ.

(ولو قتَلَ الأوَّلَ فَجَثَمَ عليه طَويلاً من النَّهارِ، ثمَّ مَرَّ به صيدٌ آخَرُ فقتَلَهَ، لا يُؤكَّلُ الثَّاني)؛ لانقطاعِ الإرسالِ بِمُكثِهِ، إذْ لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ، وإنَّما كان استراحةً، بخلاف ما تقدَّم.

(ولو أرسَلَ بازِيَهِ المُعَلَّمَ على صَيدٍ، فَوَقَعَ على شيءٍ، ثمَّ اتَّبَعَ الصَّيدَ فأخَذَهُ وقَتَلَهُ[2]، فإنَّهُ يُؤكَلُ)، وهذا إذا لم يُمكُثْ زماناً طويلاً للاستراحةِ، وإنَّما مكَثَ ساعةً للتَّمكينِ لِما بيَّنَّاه في الكلب.

---

(١) أي: عندَ الإرسال.

(٢) وذلك لأنَّ من عادة البازيِّ إذا أُرسل أن يقَعَ على شيءٍ وينظُرَ إلى الصَّيدِ الذي أرسِلَ عليه من الجانبِ الذي يَتمكَّن من أخذِهِ، فهو بمنزلة كَمينِ الفهد.

ولو أنَّ بازِيّاً مُعلَّماً أخَذَ صيداً فقتَلَهُ، ولا يُدرَى أرسَلَهُ إنسانٌ أم لا، لا يُؤكَلُ وإنْ خَنَقَهُ الكَلْبُ ولم يَجْرَحْهُ، لم يُؤكَلْ. وإنْ شارَكَهُ كَلْبٌ غيرُ مُعلَّم، أو كلبُ مَجوسِيٍّ، أو كلبٌ لم يُذكَرِ اسمُ اللهِ عليه لم يُؤكَلْ ولو رَدَّهُ عليه الكلبُ الثَّاني ولم يَجْرَحْهُ معه، وماتَ بِجَرحِ الأوَّلِ يُكرَهُ أكلُهُ، ....

(ولو أنَّ بازِيّاً مُعلَّماً أخَذَ صيداً فقتَلَهُ، ولا يُدرَى أرسَلَهُ إنسانٌ أم لا، لا يُؤكَلُ)؛ لوقوعِ الشَّكِّ في الإرسالِ، ولا تَثبُتُ الإباحةُ بدونِهِ.

قال: (وإنْ خَنَقَهُ الكَلْبُ ولم يَجرَحْهُ، لم يُؤكَلْ)؛ لأنَّ الجَرْحَ شرطٌ على ظاهرِ الرِّوايةِ على ما ذكرناه، وهذا يدلُّكَ على أنَّه لا يَحِلُّ بالكسرِ[1]، وعن أبي حنيفة: أنَّه إذا كَسَر عُضواً فقتَلَه لا بأسَ بأكلِهِ؛ لأنَّه جِراحةٌ باطنةٌ، فهي كالجراحةِ الظَّاهرةِ.

وجهُ الأوَّل: أنَّ المُعتَبَرَ جَرْحٌ يَنتهِضُ سبباً لإنهارِ الدَّمِ، ولا يَحصُلُ ذلك بالكسرِ، فأشبَهَ التَّخنيقَ.

قال: (وإنْ شارَكَهُ كَلْبٌ غيرُ مُعلَّمٍ، أو كلبُ مَجوسِيٍّ، أو كلبٌ لم يُذكَرِ اسمُ اللهِ عليه) يُرِيدُ به عمداً[2] (لم يُؤكَلْ)؛ لِما روينا في حديث عدي رضي الله عنه، ولأنَّه اجتَمَعَ المُبيحُ والمُحرِّمُ، فيَغلِبُ جهةُ الحُرمةِ نصّاً[3] أو احتياطاً.

(ولو رَدَّهُ عليه الكلبُ الثَّاني ولم يَجرَحْهُ معه، وماتَ بِجَرحِ الأوَّلِ يُكرَهُ أكلُهُ[4])؛ لِوُجودِ المشاركةِ في الأخذِ وفَقدِها في الجَرحِ، وهذا بخلافِ ما إذا ردَّهُ المَجوسيُّ

---

(١) أي: ظاهرُ الرِّواية يدلُّ على أنَّ الكلبَ لو كسَرَ عضواً من الصَّيدِ فماتَ، لا يحلُّ.

(٢) قيَّد به لأنَّه لو ترَكَه ناسياً يؤكَلُ.

(٣) أي: بالنَّصِّ وهو قوله ﷺ: «ما اجتمَعَ الحلالُ والحرامُ إلَّا وقد غلَبَ الحرامُ الحلالَ». عناية.

(٤) قيل: الكراهةُ كراهةُ تنزيهٍ؛ لأنَّ الأوَّل لمَّا تفرَّد بالجَرحِ والأخذِ، غَلَبَ جانبُ الحِلِّ، فصارَ حلالاً، وأوجبتْ إعانةُ غيرِ المُعلَّمِ الكراهةَ دونَ الحُرمةِ. وقيل: كراهةُ تحريمٍ، وهو اختيارُ الحُلوانيِّ لوجودِ المُشاركةِ من وجهٍ. انظر: تبيين الحقائق.

ولو لم يَردَّهُ الكلبُ الثَّاني على الأوَّلِ، لكنَّه اشتَدَّ على الأوَّل حتَّى اشتَدَّ على الصَّيدِ، فأخَذَهُ وقَتَلَهُ لا بأسَ بأكلِهِ. وإذا أرسَلَ المُسلِمُ كلبَهُ فَزَجَرَهُ مَجوسيٌّ، فانزَجَرَ بِزَجرِهِ، فلا بأسَ بِصَيدِهِ، ولو أرسَلَهُ مَجوسيٌّ فَزَجَرَهُ مُسلمٌ، فانزَجَرَ بِزَجرِهِ، لم يُؤكَلْ، ....

بنفسِهِ[1] حيثُ لا يُكرَهُ؛ لأنَّ فِعلَ المَجوسيِّ ليس من جنسِ فِعلِ الكلبِ، فلا تَتحقَّقُ المُشاركةُ، وتَتحقَّقُ بينَ فِعلَي الكلبينِ لِوُجودِ المُجانسةِ.

(ولو لم يَردَّهُ الكلبُ الثَّاني على الأوَّلِ لكنَّه اشتَدَّ[2] على الأوَّل حتَّى اشتَدَّ على الصَّيدِ، فأخَذَهُ وقَتَلَهُ لا بأسَ بأكلِهِ)؛ لأنَّ فِعلَ الثَّاني أثَّر في الكلبِ المُرسَلِ دونَ الصَّيدِ، حيثُ ازداد به طَلَباً، فكان تَبَعاً لفعلِهِ؛ لأنَّه بناءٌ عليه فلا يُضافُ الأخذُ إلى التَّبعِ، بخلافِ ما إذا كان ردَّهُ عليه[3]؛ لأنَّه لم يَصِرْ تَبَعاً فَيُضافُ إليهما.

قال: (وإذا أرسَلَ المُسلِمُ كلبَهُ فَزَجَرَهُ مَجوسيٌّ، فانزَجَرَ بِزَجرِهِ، فلا بأسَ بِصَيدِهِ). والمرادُ بالزَّجرِ الإغراءُ بالصِّياحِ عليه، وبالانزجار إظهارُ زيادةِ الطَّلبِ.

ووجهُهُ: أنَّ الفعلَ يُرفَعُ بما هو فوقَهُ أو مِثلُهُ كما في نَسخِ الآيِ، والزَّجرُ دونَ الإرسالِ؛ لكونه بناءً عليه.

قال: (ولو أرسَلَهُ مَجوسيٌّ فَزَجَرَهُ مُسلمٌ، فانزَجَرَ بِزَجرِهِ، لم يُؤكَلْ)؛ لأنَّ الزَّجرَ دونَ الإرسالِ، ولهذا لم تَثبُتْ به شُبهةُ الحُرمةِ، فأولى أنْ لا يَثبُتَ به الحِلُّ، وكلُّ مَن لا تجوزُ ذكاتُهُ كالمُرتدِّ والمُحرِمِ وتاركِ التَّسميةِ عامداً في هذا بمنزلةِ المَجوسيِّ.

---

(١) أي: رَدَّ المَجوسيُّ الصَّيدَ على الكلبِ المُعلَّم.
(٢) يعني: عدا خلفَهُ واتَّبَعَه من ورائِهِ، حتَّى عدا الكلبُ الأوَّلُ على الصَّيدِ فأخَذَه.
(٣) أي: بخلاف ما إذا كان الكلبُ الثاني ردَّ الصَّيدَ على الأوَّل، حيثُ يكرَهُ كما مرَّ.

وإنْ لم يُرسِلْهُ أحَدٌ فزَجَرَهُ مُسلِمٌ فانزَجَرَ، فأخَذَ الصَّيدَ، فلا بأسَ بأكلِهِ. ولو أرسَلَ المُسلِمُ كَلْبَهُ على صَيدٍ وسَمَّى، فأدركَهُ، فضَرَبَهُ ووَقَذَهُ ثمَّ ضَرَبَهُ فقتَلَهُ، أُكِلَ، وكذا إذا أرسَلَ كَلبَينِ، فوَقَذَهُ أحُدُهما، ثمَّ قتَلَه الآخَرُ، أُكِلَ. ولو أرسَلَ رَجلانِ كُلٌّ واحدٍ منهما كلباً، فَوَقَذَهُ أحَدُهُما وقتَلَهُ الآخَرُ، أُكِلَ والمِلكُ لِلأوَّلِ.

(وإنْ لم يُرسِلْهُ أحَدٌ فزَجَرَهُ مُسلِمٌ فانزَجَرَ، فأخَذَ الصَّيدَ، فلا بأسَ بأكلِهِ)؛ لأنَّ الزَّجرَ مِثلُ الانفلاتِ؛ لأنَّه إنْ كان دونَهُ من حيثُ إنَّه بناءٌ عليه، فهو فوقَهُ من حيثُ إنَّه فِعلُ المُكلَّفِ، فاستويا، فصَلُحَ ناسخاً.

(ولو أرسَلَ المُسلِمُ كَلْبَهُ على صَيدٍ وسَمَّى، فأدركَهُ، فضَرَبَهُ ووَقَذَهُ ثمَّ ضَرَبَهُ فقَتَلَهُ، أُكِلَ، وكذا إذا أرسَلَ كَلبَينِ، فوَقَذَهُ أحُدُهما، ثمَّ قتَلَه الآخَرُ، أُكِلَ)؛ لأنَّ الامتناعَ عن الجَرحِ بعد الجَرح لا يدخلُ تحتَ التَّعليمِ، فَجُعِلَ عفواً.

(ولو أرسَلَ رَجلانِ كُلٌّ واحدٍ منهما كلباً، فَوَقَذَهُ أحَدُهُما وقتَلَهُ الآخَرُ، أُكِلَ) لِما بيَّنَّا[1] (والمِلكُ لِلأوَّلِ)؛ لأنَّ الأوَّلَ أخرجَهَ عن حدِّ الصَّيديَّةِ[2]، إلَّا أنَّ الإرسالَ من الثَّاني حصل على الصَّيدِ، والمعتبَرُ في الإباحةِ والحُرمةِ حالةُ الإرسالِ، فلم يَحرُمْ، بخلافِ ما إذا كان الإرسالُ من الثَّاني بعدَ الخروجِ عن الصَّيديَّةِ بِجَرحِ الكلبِ الأوَّلِ.

---

(١) من أنَّ الامتناعَ من الجَرحِ بعدَ الجَرحِ لا يدخلُ تحتَ التَّعليمِ، فَجُعِلَ عفواً.

(٢) وهو الامتناع.

فصل في الرمي

ومَنْ سَمِعَ حِسّاً ظَنَّهُ حِسَّ صَيدٍ، فَرَماهُ أو أرسَلَ كلباً أو بازيّاً عليه، فأصابَ صيداً، ثمَّ تَبيَّنَ أنَّه حِسُّ صَيدٍ حَلَّ المُصابُ، وإنْ تبيَّنَ أنَّه حِسُّ آدميٍّ أو حَيوانٍ أهليٍّ، لا يَحِلُّ المُصابُ.

(فصل في الرمي)

(ومَنْ سَمِعَ حِسّاً[1] ظَنَّهُ حِسَّ صَيدٍ، فَرَماهُ أو أرسَلَ كلباً أو بازيّاً عليه، فأصابَ صيداً[2]، ثمَّ تَبيَّنَ أنَّه حِسُّ صَيدٍ حَلَّ المُصابُ) أيَّ صيدٍ كان[3]؛ لأنَّه قَصَدَ الاصطيادَ، وعن أبي يوسف: أنَّه خَصَّ من ذلك الخنزيرَ لِتَغليظِ التَّحريم؛ ألا ترى أنَّه لا تثبتُ الإباحةُ في شيءٍ منه، بخلاف السِّباعِ؛ لأنَّه يُؤثِّر في جِلدِها.

وزفر خَصَّ منها ما لا يُؤكَلُ لحمُهُ؛ لأنَّ الإرسالَ فيه ليس للإباحة.

ووجهُ الظَّاهرِ: أنَّ اسمَ الاصطيادِ لا يَختَصُّ بالمأكولِ، فوَقَعَ الفِعلُ اصطياداً، وهو فِعلٌ مُباحٌ في نَفسِهِ، وإباحةُ التَّناولِ تَرجِعُ إلى المَحلِّ، فَتَثبتُ[4] بِقَدْرِ ما يقبلُهُ لحماً وجِلداً، وقد لا تَثبُتُ إذا لم يَقبلْهُ، وإذا وَقَعَ اصطياداً صار كأنَّه رَمَى إلى صَيدٍ فأصابَ غيرَهُ.

(وإنْ تبيَّنَ أنَّه حِسُّ آدميٍّ أو حَيوانٍ أهليٍّ، لا يَحِلُّ المُصابُ)؛ لأنَّ الفِعلَ ليس باصطيادٍ[5].

---

(١) الحِسُّ: الصَّوتُ الخفيُّ.

(٢) ظبياً مَثلاً، فإن تَبيَّنَ أنَّ المَسموعَ حِسُّهُ آدميٌّ أو بقرٌ أو شاةٌ، لم يَحِلَّ الظَّبيُ المُصابُ مَثلاً في قولهم جميعاً؛ لأنَّه أرسل إلى غَيرِ صيدٍ، فلم يَتعلَّقْ به حُكمُ الإباحةِ، وصار كأنَّه رَمَى إلى آدميٍّ عالِماً به، فأصاب صيداً فإنَّه لا يُؤكلُ. عناية.

(٣) يعني: سواءٌ كان المَسموعُ حِسُّهُ مأكولَ اللَّحمِ أو لم يكن.

(٤) أي: تثبتُ الإباحةُ بِقَدرِ ما يقبلُهُ المَحلُّ.

(٥) لأنَّ الاصطيادَ عبارةٌ عن تَحصيلِ مُتوحِّشٍ. عناية.

والطَّيرُ الدَّاجِنُ الذي يأوي البُيوتَ أهليٌّ، والظَّبيُ المُوثَقُ بِمَنزِلَتِهِ. ولو رَمَى إلى طائرٍ فأصابَ صَيداً، ومَرَّ الطَّائرُ ولا يَدرِي وَحشيٌّ هو أو غيرُ وَحشيٍّ، حَلَّ الصَّيدُ. ولو رَمَى إلى بَعيرٍ فأصابَ صيداً، ولا يَدرِي نادٌّ هو أم لا، لا يَحِلُّ الصَّيدُ. ولو رَمَى إلى سَمكَةٍ أو جَرادةٍ، فأصاب صيداً يَحِلُّ في روايةٍ عن أبي يوسف. ولو رَمَى فأصابَ المَسمُوعَ حسُّهُ - وقد ظنَّه آدميَّاً - فإذا هو صَيدٌ يَحِلُّ. فإذا سَمَّى الرَّجلُ عندَ الرَّمْيِ أكَلَ ما أصابَ إذا جَرَحَ السَّهمُ فماتَ، وإذا أدرَكَهُ حَيَّاً ذَكَّاهُ. ....

(والطَّيرُ الدَّاجِنُ الذي يأوي البُيوتَ أهليٌّ، والظَّبيُ المُوثَقُ بِمَنزِلَتِهِ) لِما بيَّنَّا[1].

(ولو رَمَى إلى طائرٍ فأصابَ صَيداً، ومَرَّ الطَّائرُ ولا يَدرِي وَحشيٌّ هو أو غيرُ وَحشيٍّ، حَلَّ الصَّيدُ)؛ لأنَّ الظَّاهرَ فيه التَّوحُّشُ.

(ولو رَمَى إلى بَعيرٍ فأصابَ صيداً، ولا يَدرِي نادٌّ هو أم لا، لا يَحِلُّ الصَّيدُ)؛ لأنَّ الأصلَ فيه الاستئناسُ.

(ولو رَمَى إلى سَمكَةٍ أو جَرادةٍ، فأصاب صيداً يَحِلُّ في روايةٍ عن أبي يوسف)؛ لأنَّه صيدٌ، وفي أخرى عنه: لا يَحِلُّ؛ لأنَّه لا ذكاةَ فيهما.

(ولو رَمَى فأصابَ المَسمُوعَ حسُّهُ - وقد ظنَّه آدميَّاً - فإذا هو صَيدٌ يَحِلُّ)؛ لأنَّه لا مُعتَبَرَ بظنِّهِ مع تَعيُّنِهِ.

(فإذا سَمَّى الرَّجلُ عندَ الرَّمْيِ أكَلَ ما أصابَ إذا جَرَحَ السَّهمُ فماتَ)؛ لأنَّه ذابحٌ بالرَّمي؛ لكونِ السَّهمِ آلةً له، فَتُشترَطُ التَّسميةُ عنده، وجميعُ البدنِ مَحَلٌّ لهذا النَّوعِ من الذَّكاةِ، ولا بدَّ من الجَرحِ لِيتحقَّقَ معنى الذَّكاةِ على ما بيَّنَّاه[2].

قال: (وإن أدرَكَهُ حَيَّاً ذَكَّاهُ) وقد بيَّنَّاها بِوُجُوهِها، والاختلافَ فيها في الفَصلِ الأوَّل، فلا نُعيدُهُ.

---

(١) أشار به إلى قوله: «لأنَّ الفعلَ ليس باصطيادٍ».

(٢) انظر ص (٣٣١).

وإذا وَقَعَ السَّهمُ بالصَّيدِ فَتحامَلَ حتَّى غابَ عنه، ولم يَزَلْ في طَلَبِهِ حتَّى أصابَهُ مَيتاً أُكِلَ، وإنْ قَعَدَ عن طَلَبِهِ ثمَّ أصابَهُ مَيتاً لم يُؤكَلْ، ولو وَجَدَ به جِراحَةً سِوَى جِراحَةِ سَهمِهِ لا يَحِلُّ. ....

قال: (وإذا وَقَعَ السَّهمُ بالصَّيدِ فَتحامَلَ[1] حتَّى غابَ عنه، ولم يَزَلْ في طَلَبِهِ حتَّى أصابَهُ مَيتاً أُكِلَ، وإنْ قَعَدَ عن طَلَبِهِ ثمَّ أصابَهُ مَيتاً لم يُؤكَلْ)؛ لما روي عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه كَرِهَ أكلَ الصَّيدِ إذا غابَ عن الرَّامي وقال: «لعلَّ هَوامَّ الأرضِ قَتلَتْهُ»[2]، ولأنَّ احتمالَ الموتِ بِسَببٍ آخَرَ قائمٌ، فما ينبغي أن يَحِلَّ أكلُهُ؛ لأنَّ المَوهومَ في هذا كالمُتحقِّقِ لِما روينا[3]، إلَّا أنَّا أسقطنا اعتبارَهُ ما دامَ في طَلَبِهِ ضَرورةَ أنْ لا يَعرَى الاصطيادُ عنه، ولا ضَرورةَ فيما إذا قَعَدَ عن طَلَبِهِ؛ لإمكانِ التَّحرُّزِ عن تَوارٍ يكونُ بسببِ عَملِهِ[4].

والذي رويناه[5] حُجَّةٌ على مالكٍ في قوله: «إنَّ ما توارى عنه إذا لم يَبِتْ يَحِلُّ، فإذا باتَ ليلةً لم يَحِلَّ».

(ولو وَجَدَ به جِراحَةً سِوَى جِراحَةِ سَهمِهِ لا يَحِلُّ)؛ لأنَّه مَوهومٌ يُمكِنُ الاحترازُ عنه، ....

---

(١) «التَّحامُلُ في المَشي» أن يَتكلَّفَه على مَشقَّةٍ وإعياءٍ، يقال: تَحامَلْتُ في المَشي.

(٢) أخرج الطبراني في الكبير (١٩/ ٢١٤) (١٦١٤٨) عن أبي رزين عن النَّبيِّ ﷺ في الصَّيد يَتوارَى عن صاحِبِهِ قال: «لعلَّ هَوامَّ الأرضِ هي قَتَلَتْهُ».
وأخرج عبد الرَّزَّاق، في المناسك، باب: الصيد يغيب (٨٤٦١) عن عائشة أنَّ رجلاً أتى النَّبيَّ ﷺ بِظَبيٍ قد أصابَهُ بالأمسِ، وهو ميتٌ، فقال: يا رسول الله عرفتُ فيه سهمي وقد رَميتُهُ بالأمسِ، فقال: «لو أعلَمُ أنَّ سَهمَكَ قتلَهُ أكلتُهُ، ولكن لا أدري هَوامُّ اللَّيلِ كثيرةٌ، ولو أعلَمُ أنَّ سَهْمَكَ قتلَهُ أكَلتُهُ».

(٣) أشار به للحديث السَّابق.

(٤) أي: بسبب عملِ الصَّيَّادِ. وإمكانُ التَّحرُّزِ هو أن يَتبعَ أثرَهُ ولا يشتغِلَ بعملٍ آخر. بناية.

(٥) وهو أنَّه ﷺ كَرِهَ أكلَ الصَّيدِ إذا غاب.

وإذا رَمَى صيداً فَوَقَعَ في الماءِ، أو وَقَعَ على سَطحٍ أو جَبلٍ، ثمَّ تَرَدَّى منه إلى الأرضِ لم يُؤكَلْ، وإنْ وَقَعَ على الأرضِ ابتداءً أُكِلَ.

فاعتُبِرَ مُحرِّماً[١]، بخلافِ وَهْمِ الهَوامِّ[٢].

والجوابُ في إرسالِ الكَلبِ في هذا كالجوابِ في الرَّمي في جَميعِ ما ذكرناه[٣].

قال: (وإذا رَمَى صيداً فَوَقَعَ في الماءِ، أو وَقَعَ على سَطحٍ أو جَبلٍ، ثمَّ تَرَدَّى منه إلى الأرضِ لم يُؤكَلْ)؛ لأنَّه المُترَدِّيَةُ، وهي حَرامٌ بالنَّصِّ، ولأنَّه احتمَلَ المَوتَ بغيرِ الرَّمي؛ إذِ الماءُ مُهلِكٌ، وكذا السُّقوطُ من عالٍ، يُؤيِّدُ ذلك قولُهُ ﷺ لِعَديٍّ رضي الله عنه: «وإنْ وَقَعتْ رَميَّتُكَ في الماءِ فلا تأكلْ، فإنَّكَ لا تَدري أنَّ الماءَ قتَلَه أو سَهْمُكَ»[٤].

(وإنْ وَقَعَ على الأرضِ ابتداءً[٥] أُكِلَ)؛ لأنَّه لا يُمكِنُ الاحترازُ عنه[٦]، وفي اعتبارِهِ سَدُّ بابِ الاصطيادِ، بخلافِ ما تقدَّم[٧]؛ لأنَّه يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه، فصار

---

(١) أي: اعتبِرَ المَوهومُ محرِّماً للصَّيدِ.

(٢) فإنَّ الاحترازَ عنه غيرُ مُمكِنٍ؛ لأنَّ الصَّيدَ لا بدَّ أن يقعَ على الأرضِ، والأرضُ لا تخلو عنها، فلا يُجعَلُ مُحرِّماً إذا لم يقعدْ عن الطَّلبِ. عناية.

(٣) يعني: إذا أرسَلَ الكلبَ والبازيَّ المعلَّمَ على الصَّيدِ، فجرحَهُ فغابَ، ثمَّ وُجِد ميتاً، فإن كان لم يَقعُدْ عن طلبِهِ، حلَّ إذا لم يكن به جِراحةٌ أخرى، فإن قعدَ عن طلبِهِ أو كان به جراحةٌ أخرى، لا يحلُّ. بناية.

(٤) أخرج البخاري في الذَّبائح والصَّيد، باب: الصيد إذا غاب عنه يومين (٥١٦٧)، ومسلم في الصيد والذبائح، باب: الصيد بالكلاب المعلَّمة (١٩٢٩) واللفظ له، عن عَديِّ بنِ حاتم قال: سألتُ رسولَ الله ﷺ عن الصَّيد، قال: «إذا رَميتَ سَهمَكَ فاذكرِ اسمَ اللهِ، فإنْ وجدتَهُ قد قُتِلَ فَكُلْ، إلَّا أن تَجدَهُ قد وَقَعَ في ماءٍ، فإنَّك لا تدري الماءَ قتَلَهُ أو سهمُكَ».

(٥) يعني: رمى صيداً على رأس الجبلِ، أو على شجرٍ في الهواءِ، فوقع على الأرض، ولم يكن على الأرضِ ما يقتُلُهُ كحَدِّ الرُمحِ والقَصبةِ المَنصوبةِ، فمات حلَّ.

(٦) أي: عن سقوطِهِ ووقوعِهِ على الأرض.

(٧) وهو ما إذا وقع على جبلٍ ونحوه، ثمَّ تردَّى إلى الأرض.

الأَصلُ أنَّ سببَ الحُرمةِ والحِلِّ إذا اجتمعا وأمكَنَ التَّحرُّزُ عمَّا هو سببُ الحُرمةِ، تُرجَّحُ جِهةُ الحُرمةِ احتياطاً.

وإن كان مِمَّا لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه، جَرَى وُجودُهُ[١] مَجرَى عَدمِهِ؛ لأنَّ التَّكليفَ بِحَسَبِ الوُسْعِ.

فمِمَّا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه: إذا وَقَعَ على شَجرٍ أو حائطٍ أو آجُرَّةٍ، ثمَّ وَقَع على الأرضِ أو رَماهُ وهو على جَبلٍ فتَرَدَّى من مَوضِعٍ إلى مَوضِعٍ حتَّى تَردَّى إلى الأرض، أو رماهُ فوَقَع على رُمحٍ مَنصوبٍ، أو على قَصَبةٍ قائمةٍ، أو على حَرفِ آجُرَّةٍ؛ لاحتمالِ أنَّ حَدَّ هذهِ الأَشياءِ قتَلَهُ.

ومِمَّا لا يُمكِنُ الاحترازُ عنه: إذا وَقَعَ على الأرضِ كما ذكرناه، أو على ما هو في معناهُ كجَبَلٍ أو ظَهرِ بيتٍ أو لَبِنَةٍ مَوضوعةٍ أو صَخرةٍ فاستَقَرَّ عليها؛ لأنَّ وُقوعَهُ عليه وعلى الأرضِ سواءٌ.

وذكر في المنتقى: لو وَقَع على صَخرةٍ فانشَقَّ بطنُهُ لم يُؤكَلْ؛ لاحتمالِ المَوتِ بسببٍ آخَرَ، وصحَّحه الحاكمُ الشَّهيدُ، وحَمَلَ مُطلَقَ المَرويِّ في الأصلِ[٢] على غيرِ حالةِ الانشقاقِ، وحمَلَهُ[٣] شمسُ الأئمَّةِ السَّرخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ على ما أصابَهُ حَدُّ الصَّخرةِ فانشَقَّ بطنُهُ بذلك، وحَمَلَ المَرويَّ في الأصلِ على أنَّه لم يُصِبْه من الآجُرَّةِ إلَّا ما يُصيبُهُ من الأرضِ لو وَقَع عليها، وذلك عَفوٌ، وهذا أصحُّ.

وإن كان الطَّيرُ مائيَّاً، فإن كانتِ الجِراحةُ لم تَنغمِسْ في الماءِ أُكِلَ[٤]، وإن انغمَسَتْ لا يُؤكَلُ[٥]، كما إذا وَقَعَ في الماء[٦].

(١) أي: وجودُ سببِ الحرمةِ.

(٢) أي: من قوله: «فاستقَرَّ عليها».

(٣) أي: وحمل شمسُ الأئمَّةِ روايةَ المنتقى.

(٤) لأنَّه تأكَّدَ أنَّ موتَهُ بسببِ الجراحةِ، لا الماء.

(٥) لاحتمالِ الموتِ بسببِ الغرق بالماء.

(٦) أي: كما إذا وقع طيرٌ غيرُ مائيٍّ بعدَ صيدِهِ في الماءِ، لا يَحِلُّ لاحتمال الموتِ بسبب الماء.

وما أصابَهُ المِعراضُ بِعَرْضِهِ لم يُؤكَلْ، وإنْ جَرَحَهُ يُؤكَلُ. ولا يُؤكَلُ ما أصابَتْهُ البُنْدُقَةُ فَماتَ بها.

قال: (وما أصابَهُ المِعراضُ بِعَرْضِهِ[1] لم يُؤكَلْ، وإنْ جَرَحَهُ يُؤكَلُ)؛ لقوله ﷺ فيه: «ما أصاب بِحَدِّهِ فَكُلْ، وما أصابَ بِعَرْضِهِ فلا تأكلْ»[2]، ولأنَّه لا بدَّ من الجَرحِ لِيَتحقَّقَ معنى الذَّكاةِ على ما قدَّمناه.

قال: (ولا يُؤكَلُ ما أصابَتْهُ البُنْدُقَةُ[3] فماتَ بها)؛ لأنَّها تَدُقُّ وتكسِرُ ولا تجرَحُ، فصار كالمِعراضِ إذا لم يَخزِقْ.

وكذلك إنْ رماهُ بِحَجَرٍ، وكذا إنْ جَرَحَه، قالوا: تأويلُهُ إذا كان ثقيلاً وبه حِدَّةٌ؛ لاحتمالِ أنَّه قتَلَهُ بثِقَلِهِ، وإن كان الحَجَرُ خفيفاً وبه حِدَّةٌ يَحِلُّ؛ لِتَعيُّنِ الموتِ بالجَرحِ، ولو كان الحَجَرُ خفيفاً، وجَعَلَه طويلاً كالسَّهمِ وبه حِدَّةٌ، فإنَّه يَحِلُّ؛ لأنَّه يَقتُلُه بجَرحِهِ.

ولو رماهُ بِمَروةٍ[4] حديدةٍ[5] ولم تُبضِعْ بَضْعاً لا يَحِلُّ؛ لأنَّه قتَلَهُ دقّاً، وكذا إذا رماه بها فأبانَ رأسَهُ، أو قطَعَ أوداجَهُ؛ لأنَّ العُروقَ تنقطِعُ بِثِقَلِ الحَجَرِ كما تَنقطِعُ بالقَطعِ فوقَ الشَّكِّ، أو لعلَّهُ ماتَ قبلَ قَطعِ الأوداجِ.

ولو رماهُ بِعَصاً أو بِعُودٍ حتَّى قتَلَهُ لا يَحِلُّ؛ لأنَّه يقتلُهُ ثِقلاً لا جَرْحاً، اللَّهمَّ إلَّا إذا كان له حِدَّةٌ يُبضِعُ بَضعاً، فحينئذٍ لا بأس به؛ لأنَّه بمنزلةِ السَّيفِ والرُّمحِ.

---

(١) المِعراض: سَهمٌ لا رِيشَ له، يَمضي عَرْضاً، فَيُصيبُ بِعَرضِهِ لا بِحَدِّه.

(٢) أخرج البخاري في الذبائح والصَّيد، باب: ما أصاب المعراض بعرضِهِ (٥١٦٠)، ومسلم في الصَّيد والذَّبائح، باب: الصَّيد بالكلاب المعلَّمة (١٩٢٩) عن عَدِيِّ بنِ حاتم رضي الله عنه قال: قلتُ: يا رسولَ الله إنَّا نُرسِلُ الكلابَ المُعلَّمَةَ، قال: «كُلْ ما أمسَكْنَ عليكَ»، قلتُ: وإن قَتَلْنَ؟ قال: «وإنْ قَتَلْنَ»، قلت: وإنَّا نَرمي بالمِعراضِ؟ قال: «كُلْ ما خَزَقَ، وما أصابَ بِعَرضِهِ فلا تأكلْ».

(٣) البُنْدُقة: طِينةٌ مُدوَّرةٌ يُرمَى بها.

(٤) المروةُ: حجَرٌ أبيضُ رقيقٌ كالسِّكِّين يُذبَحُ به. عناية.

(٥) صفة للمروة، أي: حادَّة. والله أعلم

وإذا رَمَى صيداً فَقَطَعَ عُضواً منه أُكِلَ الصَّيدُ، ولا يُؤكَلُ العُضوُ، ....

والأصلُ في هذه المسائل: أنَّ الموتَ إذا كان مُضافاً إلى الجَرح بِيَقينٍ، كان الصَّيدُ حلالاً، وإذا كان مُضافاً إلى الثِّقَلِ بِيَقينٍ كان حَراماً، وإنْ وَقَعَ الشَّكُ ولا يَدرِي ماتَ بالجَرحِ أو بالثِّقَلِ، كان حراماً احتياطاً.

وإن رماهُ بِسَيفٍ أو بِسكِّينٍ فأصابَهُ بِحَدِّهِ فجَرَحَهُ حَلَّ، وإنْ أصابَهُ بِقَفا السِّكينِ أو بِمِقبَضِ السَّيفِ لا يَحِلُّ؛ لأنَّه قتَلَهُ دَقًّا. والحديدُ وغيرُهُ فيه سواءٌ.

ولو رماه فَجَرَحَه وماتَ بالجَرحِ، إن كان الجَرحُ مُدمياً يَحِلُّ بالاتِّفاق، وإن لم يكن مُدمياً فكذلك عند بعضِ المتأخِّرينَ، سواءٌ كانت الجِراحةُ صغيرةً أو كبيرةً؛ لأنَّ الدَّمَ قد يَحتبِسُ بِضِيقِ المَنفَذِ أو غِلَظِ الدَّمِ، وعند بَعضِهِم: يُشتَرَطُ الإدماءُ؛ لقوله ﷺ: «ما أنهَرَ الدَّمَ وأفرى الأوداجَ فكُلْ»[١]، شَرَطَ الإنهارَ، وعند بعضهم: إن كانت كبيرةً حَلَّ بدونِ الإدماءِ، وإن كانت صغيرةً لا يَحِلُّ إلَّا بالإدماءِ.

ولو ذَبَحَ شاةً ولم يَسِلْ منه الدَّمُ؟ قيل: لا تَحِلُّ، وقيل: تَحِلُّ. ووجهُ القولين دخل فيما ذكرناه[٢].

وإذا أصابَ السَّهمُ ظِلْفَ الصَّيدِ أو قَرنَهُ، فإنْ أدماه حَلَّ، وإلَّا فلا، وهذا يُؤيِّدُ بعضَ ما ذكرناه.

قال: (وإذا رَمَى صيداً فَقَطَعَ عُضواً منه أُكِلَ الصَّيدُ) لِما بيَّنَّاه[٣]، (ولا يُؤكَلُ العُضوُ)، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[٤]: أُكِلا إنْ ماتَ الصَّيدُ منه؛ لأنَّه مُبانٌ بذكاةٍ

---

(١) تقدَّم ص (١٨٢).

(٢) أي: قوله: إن كان الجَرحُ مُدمياً يَحِلُّ بالاتِّفاق، وإن لم يكن مُدمياً فكذلك عند بعضِ المتأخِّرينَ وعند بَعضِهِم: يُشتَرَطُ الإدماءُ.

(٣) أي: من أنَّ الرَّمي مع الجَرْح مُبيحٌ، وقد وُجِد. عناية.

(٤) قال النووي في المجموع (٩/ ١١٧) ط دار الفكر: لو رمى صيداً فقَدَّه قطعتين متساويتين أو متفاوتين فهما حلال، ولو أبان منه بسيف أو غيره عضواً كَيَدٍ أو رجلٍ نظَرَ:
- إن أبانه بجراحةٍ مُذَفِّفةٍ ومات في الحال حَلَّ العضو وباقي البدن.

الاضطرارِ، فَيحِلُّ المُبانُ والمُبانُ منه، كما إذا أُبين الرَّأسُ بذكاةِ الاختيارِ، بخلافِ ما إذا لم يَمُتْ؛ لأنَّه ما أُبين بالذَّكاة.

ولنا: قوله ﷺ: «ما أُبِينَ من الحَيِّ فهو مَيتٌ»[1]، ذكَرَ الحيَّ مُطلَقاً، فَينصرِفُ إلى الحيِّ حقيقةً وحُكماً، والعُضوُ المُبانُ بهذه الصِّفة[2]؛ لأنَّ المُبانَ منه حيٌّ حقيقةً لقيامِ الحياةِ فيه، وكذا حكماً؛ لأنَّه تُتوهَّمُ سلامَتُهُ بعد هذه الجراحةِ، ولهذا اعتَبَرَه الشَّرعُ حيَّاً، حتَّى لو وَقَع في الماءِ وفيه حياةٌ بهذِهِ الصِّفةِ يَحرُمُ.

وقوله[3]: «أُبينَ بالذَّكاة»[4] قلنا: حالَ وُقوعِهِ لم تقَعْ ذكاةٌ لبقاءِ الرُّوحِ في الباقي،

= - وإن لم تكن مُذفِّفةً وأدركه وذبحه أو جَرَحَه جرحاً مُذفِّفاً، فالعضوُ حرامٌ لأنَّه أبين من حيٍّ وباقي البدن حلالٌ.

- وإن أثبته بالجراحة الأولى فقد صار مَقدوراً عليه، فيتعيَّنُ ذبحُهُ، ولا تجزئ سائرُ الجراحات، ولو مات من تلك الجراحةِ بعد مُضيِّ زمنٍ ولم يتمكَّن من ذَبحِهِ، حلَّ باقي البدن، وفي العُضوِ وجهان، أصحُّهما يَحرُمُ ... إلخ. انظر تتمته.

(1) أخرج أحمد (٥/ ٢١٨) (٢٢٢٤٨)، والحاكم (٤/ ١٣٧) (٧١٥٠)، والترمذي في الأطعمة، باب: ما قطع من الحي فهو ميت (١٤٨٠)، وأبو داود في الصَّيدِ، باب: في صيد قُطِع منه قطعة (٢٨٥٨) واللفظ له عن أبي واقد قال: قال النَّبيُّ ﷺ: «ما قُطِعَ من البهيمةِ وهي حيَّةٌ فهي ميتةٌ».
وأخرجه الحاكم أيضاً (٤/ ١٣٨) (٧١٥٢)، وابن ماجه في الصيد، باب: ما قطع من البهيمة وهي حيَّة (٣٢١٦) من حديث ابن عمر.
وأخرجه الحاكم (٤/ ١٣٨) (٧١٥١) من حديث أبي سعيد.
والطبراني في الكبير (٢/ ٥٧) (١٢٧٨) من حديث تميم الداري.

(2) يعني: أُبينَ من الحيِّ حقيقةً وحُكماً. عناية.

(3) أي: الشَّافعي.

(4) تقرير الجواب: سلَّمنا أنَّ ما أبين بالذَّكاة يحلُّ، ولكن لا ذكاةَ ههنا؛ لأنَّ هذا الفعلَ، وهو إبانةُ العضوِ حالَ وقوعِهِ ليس بذكاةٍ لبقاءِ الرُّوحِ في الباقي على وجهٍ يمكنُ الحياةُ بعدَهُ، إذا المفروضُ ذلك، والجرحُ اعتبر ذكاةً إذا مات منه. أو يكون على وجه لا يمكنُ الحياةُ بعده، ولهذا لو وجده وفيه من الحياةِ فوقَ ما في المذبوحِ لا بدَّ من ذبحِهِ، وعند زوالِ الرُّوحِ وإن كان ذكاةً بالنِّسبةِ إلى الصَّيدِ، لكنَّه ليس بذكاةٍ بالنِّسبةِ إلى المُبانِ؛ لعدمِ تأثيرِهِ في موتِهِ، لفقدِ الحياةِ فيه حينئذٍ.
فإن قيل: فليكن ذكاةً للمُبانِ بتبعيَّةِ الأكثرِ إذا مات من ذلك القَطعِ.

ولو قَدَّهُ نِصفَينِ، أو قَطَعَهُ أثلاثاً، والأكثرُ مِمَّا يَلِي العَجُزَ، أو قَطَعَ نِصفَ رأسِهِ أو أكثرَ منه، يَحِلُّ المُبانُ والمُبانُ منهُ. ولو ضَرَبَ عُنُقَ شاةٍ فَأبانَ رأسَها، يَحِلُّ لِقَطعِ الأوداجِ. ولو ضَرَبَ صَيداً فَقَطَعَ يَداً أو رِجلاً ولم يُبِنْهُ: إن كان يُتوَهَّم الالتئامُ والاندِمالُ، فإذا ماتَ حَلَّ أكلُهُ. ....

وعندَ زوالِهِ لا يَظهَرُ في المُبانِ لعَدَمِ الحياةِ فيه، ولا تَبعيَّةَ لِزَوالِها بالانفصالِ، فصار هذا الحَرْفُ هو الأصل؛ لأنَّ المُبانَ من الحيِّ حقيقةً وحُكماً لا يَحِلُّ، والمُبانَ من الحيِّ صورةً لا حُكماً يَحِلُّ، وذلك بأن يَبقَى في المُبانِ منه حياةٌ بِقَدْرِ ما يكونُ في المذبوح، فإنَّه حياةٌ صورةً لا حكماً، ولهذا لو وَقَعَ في الماءِ وبه هذا القَدْرُ من الحياةِ، أو تردَّى من جَبلٍ أو سَطحٍ لا يَحرُمُ، فَتُخرَّجُ عليه المسائلُ، فنقول: إذا قَطَعَ يداً أو رِجلاً أو فَخِذاً أو ثُلُثَه مِمَّا يلي القوائمَ أو أقلَّ من نِصفِ الرَّأسِ، يَحرُمُ المُبانُ ويَحِلُّ المُبانُ منه؛ لأنَّه يُتوهَّم بقاءُ الحياةِ في الباقي

(ولو قَدَّهُ نِصفَينِ، أو قَطَعَهُ أثلاثاً والأكثرُ مِمَّا يَلِي العَجُزَ، أو قَطَعَ نِصفَ رأسِهِ أو أكثَرَ منه، يَحِلُّ المُبانُ والمُبانُ منهُ)؛ لأنَّ المُبانَ منه حيٌّ صورةً لا حُكماً؛ إذْ لا يُتوَهَّمُ بقاءُ الحياةِ بعدَ هذا الجَرحِ، والحديثُ[1] وإن تَناولَ السَّمكَ، وما أُبِينَ منه فهو مَيْتٌ، إلَّا أنَّ مَيتَتَهُ حَلالٌ بالحديثِ الذي رويناه.

(ولو ضَرَبَ عُنُقَ شاةٍ فَأبانَ رأسَها، يَحِلُّ لِقَطعِ الأوداجِ)، ويُكرَه هذا الصَّنيعُ لإبلاغِهِ النُّخاعَ، وإنْ ضَرَبَه من قِبَلِ القَفا: إنْ ماتَ قبلَ قَطعِ الأوداجِ لا يَحِلُّ، وإنْ لم يَمُتْ حتَّى قطعَ الأوداجَ حَلَّ.

(ولو ضَرَبَ صَيداً فَقَطَعَ يَداً أو رِجلاً ولم يُبِنْهُ: إن كان يُتوَهَّم الالتئامُ والاندِمالُ، فإذا ماتَ حَلَّ أكلُهُ)؛ لأنَّه بمنزلةِ سائرِ أجزائِهِ، وإنْ كان لا يُتوَهَّمُ بأن بَقِي مُتعلِّقاً

= أجاب بقوله: ولا تبعيَّةَ. يعني: الأقلُّ يتبعُ الأكثر إذا لم ينفصل عنه، وههنا قد انفصل، فزالت التَّبعيَّة. لكنوي

(1) أراد قولَه ﷺ: «ما أبين من الحي ...».

ولا يُؤكَلُ صَيدُ المَجوسِيِّ والمُرتَدِّ والوَثنيِّ. ومَنْ رَمَى صَيداً فأصابَهُ ولم يُثْخِنْهُ، ولم يُخرِجْهُ عن حَيِّزِ الامتناعِ، فَرماهُ آخَرُ فَقتَلَهُ، فهو لِلثَّاني ويُؤكَلُ، وإنْ كان الأَوَّلُ أثخنَهُ فَرماهُ الثَّاني فقتَلَهُ، فَهُو لِلأَوَّلِ ولم يُؤكَلْ، ....

بِجِلدِهِ، حلَّ ما سِواهُ؛ لوجودِ الإبانةِ معنىً، والعِبرةُ للمعاني.

قال: (ولا يُؤكَلُ صَيدُ المَجوسِيِّ والمُرتَدِّ والوَثنيِّ)؛ لأنَّهم لَيسوا من أهلِ الذَّكاةِ على ما بيَّنّاه في الذَّبائحِ، ولا بدَّ منها[1] في إباحةِ الصَّيدِ بخلافِ النَّصرانيِّ واليهوديِّ؛ لأنَّهما من أهلِ الذَّكاةِ اختياراً، فكذا اضطراراً.

قال: (ومَنْ رَمَى صَيداً فأصابَهُ ولم يُثْخِنْهُ، ولم يُخرِجْهُ عن حَيِّزِ الامتناعِ، فَرماهُ آخَرُ فَقتَلَهُ، فهو لِلثَّاني ويُؤكَلُ)؛ لأنَّه هو الآخِذُ، وقد قال ﷺ: «الصَّيدُ لِمَنْ أخَذَ»[2].

(وإنْ كان الأَوَّلُ أثخنَهُ فَرماهُ الثَّاني فقتَلَهُ، فَهُو لِلأَوَّلِ ولم يُؤكَلْ)؛ لاحتمالِ المَوتِ بالثَّاني، وهو ليس بذكاةٍ لِلقُدرةِ على ذَكاةِ الاختيار، بخلافِ الوجهِ الأوَّل، وهذا[3] إذا كان الرَّميُ الأوَّلُ بحالٍ يَنجُو منه الصَّيدُ؛ لأنَّه حينئذٍ يكونُ الموتُ مُضافاً إلى الرَّمي الثَّاني.

---

(١) أي: من أهليَّةِ الذَّكاة.

(٢) قال الزيلعيُّ (٤/٣١٨): غريبٌ، وجدتُ في كتاب التَّذكرةِ لأبي عبدِ الله محمدِ بنِ حَمدون، قال: قال إسحاقُ المَوصليُّ: كنتُ يوماً عندَ الرَّشيدِ أُغَنيه، وهو يَشرَبُ، فدخل الفَضلُ بنُ الرَّبيعِ، فقال له: ما وراءك؟ قال: خرج إليَّ ثلاثُ جَوارٍ: مكِّيَّةٌ، والأخرى مدنيَّةٌ، والأخرى عراقيَّةٌ، فَقبَضَتِ المدنيَّةُ على آلتي، فلمَّا أنعَظ، قبَضتِ المكِّيَّةُ عليه، فقالت المدنيَّةُ: ما هذا التَّعدِّي، ألم تَعلمِي أنَّ مالكاً حدَّثنا عن الزُّهريِّ عن عبد الله بن ظالِم عن سعيدِ بن زيدٍ، قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن أحيى أرضاً مَيتةً فهي له»، فقالت المكِّيَّةُ: ألَم تَعلمِي أنتِ أنَّ سفيانَ حدَّثنا عن أبي الزِّناد عن الأعرج عن أبي هريرة عن النَّبيِّ ﷺ أنَّه قال: «الصَّيدُ لِمَن أخَذَه، لا لِمَن أثاره»، فدَفَعَتْهما الثَّالثةُ عنه، ثمَّ أخَذَتْه، وقالت: هذا لي وفي يدي حتَّى تَصطلِحا.

(٣) إشارةٌ إلى قوله: «ولم يؤكَل».

والثَّاني ضامِنٌ لِقيمَتِهِ لِلأَوَّلِ غيرَ ما نَقَصَتْهُ جِراحَتُهُ. ....

وأمَّا إذا كان الأوَّلُ بحالٍ لا يَسلَمُ منه الصَّيدُ، بأن لا يبقَى فيه من الحياةِ إلَّا بِقَدْرِ ما يَبقَى في المَذبوحِ [بعد الذَّبحِ][1]، كما إذا أبانَ رأسَهُ يَحِلُّ؛ لأنَّ الموتَ لا يُضافُ إلى الرَّمي الثَّاني؛ لأنَّ وُجودَهُ وعَدَمَه بمنزلةٍ.

وإن كان الرَّميُ الأوَّلُ بحالٍ لا يَعيشُ منه الصَّيدُ، إلَّا أنَّه بَقِي فيه من الحياةِ أكثَرُ مِمَّا يكونُ بعدَ الذَّبحِ، بأن كان يَعيشُ يوماً أو دونه:

- فعلى قول أبي يوسف: لا يَحرُمُ بالرَّمي الثَّاني؛ لأنَّ هذا القَدْرَ من الحياةِ لا عِبرَة بها عنده.

- وعند محمد: يَحرُمُ؛ لأنَّ هذا القَدْرَ من الحياةِ مُعتَبَرٌ عنده، على ما عُرِفَ من مَذهبِهِ، فصار الجوابُ فيه والجوابُ فيما إذا كان الأوَّلُ بحالٍ لا يَسلَمُ منه الصَّيدُ سواءً، فلا يَحِلُّ.

قال: (والثَّاني ضامِنٌ لِقيمَتِهِ لِلأَوَّلِ غيرَ ما نَقَصَتْهُ جِراحَتُهُ)؛ لأنَّه بالرَّمي أتلَفَ صيداً مملوكاً له؛ لأنَّه مَلَكَه بالرَّمي المُثخِنِ، وهو مَنقُوصٌ بِجِراحَتِهِ، وقيمةُ المُتلَفِ تُعتَبَرُ يومَ الإتلافِ.

قال رضي الله عنه: تأويلُهُ إذا عَلِمَ أنَّ القَتْلَ حَصَلَ بالثَّاني، بأن كانَ الأوَّلُ بحالٍ يجوزُ أن يَسلَمَ الصَّيدُ منه، والثَّاني بحالٍ لا يَسلَمُ الصَّيدُ منه، لِيَكونَ القَتلُ كلُّهُ مُضافاً إلى الثَّاني، وقد قتَلَ حيواناً مَملُوكاً للأوَّلِ مَنقُوصاً بالجِراحةِ، فلا يَضمَنُه كَمَلاً، كما إذا قَتَلَ عبداً مريضاً[2].

وإن عَلِمَ أنَّ الموتَ يَحصُلُ من الجِراحَتَينِ أو لا يدري؟ قال في الزِّيادات: يَضمَنُ الثَّاني ما نَقَصَتْه جِراحَتُهُ، ثمَّ يَضمَنُ نِصفَ قيمتِهِ مَجروحاً بِجِراحتَينِ، ثمَّ يَضمَنُ نِصفَ قيمةِ لَحمِهِ.

---

(١) زيادة من (ج).

(٢) فإنَّه لا يضمنُ قيمتَهُ صحيحاً.

وَيَجوزُ اصطيادُ ما يُؤكَلُ لَحمُهُ مِنَ الحَيَوانِ وما لا يُؤكَلُ.

أمَّا الأوَّل[١] فلأنَّه جَرَحَ حيواناً مَملُوكاً للغيرِ وقد نَقَصَه، فَيَضمَنُ ما نَقَصَهُ أوَّلاً. وأمَّا الثَّاني[٢] فلأنَّ الموتَ حصَلَ بالجِراحتَينِ، فيكونُ هو مُتلِفاً نِصفَهُ وهو مملوكٌ لغيرِهِ، فَيَضمَنُ نصفَ قيمتِهِ مجروحاً بالجِراحتَينِ؛ لأنَّ الأولى ما كانت بِصُنعِهِ، والثَّانيةُ ضَمِنَها مرَّةً فلا يَضمَنُها ثانياً، وأمَّا الثَّالث[٣] فلأنَّ بالرَّمي الأوَّلِ صار بحالٍ يَحِلُّ بذكاةِ الاختيارِ لولا رميُ الثَّاني[٤]، فهذا بالرَّمي الثَّاني أفسَدَ عليه نِصفَ اللَّحمِ فَيَضمَنُه، ولا يَضمَنُ النِّصفَ الآخَرَ؛ لأنَّه ضَمِنَه مرَّةً فدخلَ ضَمانُ اللَّحمِ فيه[٥].

وإن كان رَماهُ الأوَّلُ ثانياً[٦] فالجوابُ في حُكمِ الإباحةِ[٧] كالجوابِ فيما إذا كان الرَّامي غيرَهُ، ويَصيرُ كما إذا رَمَى صيداً على قِمَّةِ جبلٍ فأثخَنَهُ، ثمَّ رماهُ ثانياً فأنزَلَه، لا يَحِلُّ؛ لأنَّ الثَّاني مُحرِّمٌ، كذا هذا.

قال: (وَيَجوزُ اصطيادُ ما يُؤكَلُ لَحمُهُ مِنَ الحَيَوانِ وما لا يُؤكَلُ)؛ لإطلاقِ ما تَلَونا. والصَّيدُ لا يَختَصُّ بِمأكولِ اللَّحم، قال قائلُهُم:

صَيدُ المُلُوكِ أرانبٌ وثَعالِبُ

وإذا رَكِبتُ فَصَيديَ الأبطالُ

ولأنَّ صيدَهُ سببٌ لِلانتفاعِ بِجِلدِهِ أو شَعرِهِ أو ريشِهِ، أو لاستِدفاعِ شَرِّهِ، وكلُّ ذلك مَشروعٌ.

---

(١) وهو ضمانُ نُقصانِ الجِراحةِ.

(٢) وهو ضمانُ نصفِ القيمة مجروحاً بجراحتين.

(٣) وهو ضمانُ نصفِ قيمةِ اللَّحم.

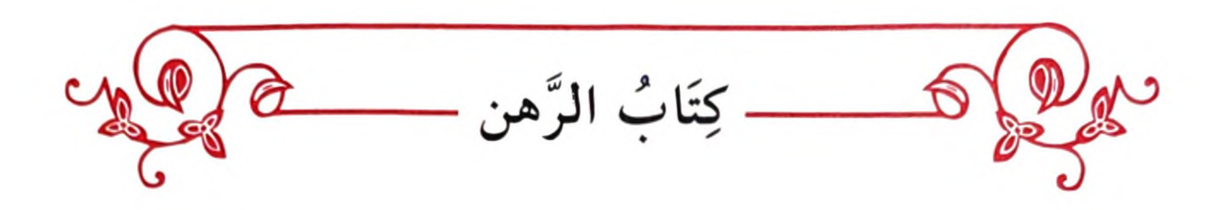
(٤) لأنَّ الأوَّلَ أخرجه من حيِّزِ الامتناعِ، فصار كالأهليِّ.

(٥) أي: في الضَّمانِ الأوَّل.

(٦) يعني: أنَّ ما تقدَّم كان فيما إذا كان الرَّامي الثَّاني غيرَ الرَّامي الأوَّل، وهذا فيما إذا رماه الأوَّل ثانياً.

(٧) يعني: لا في حُكمِ الضَّمانِ، لأنَّ الإنسانَ لا يَضمَنُ مِلكَ نفسِهِ بفعله لنفسِهِ.

كتاب الرهن



كِتَابُ الرَّهن

الرَّهنُ يَنعقِدُ بالإيجابِ والقَبُولِ، ويَتِمُّ بالقَبضِ، ....

(كتاب الرَّهن)

الرَّهن لغةً: حَبْسُ الشَّيءِ بأيِّ سببٍ كان.

وفي الشَّريعة: جَعْلُ الشَّيءِ مَحبُوساً بِحَقٍّ يُمكِنُ استيفاؤُهُ من الرَّهنِ كالدُّيون.

وهو مَشروعٌ بقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌۖ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٣]، وبما رُوي «أنَّه ﷺ اشترى من يَهوديٍّ طعاماً ورَهَنَهُ به دِرعَهُ»[١].

وقد انعَقَدَ على ذلك الإجماعُ، ولأنَّه عَقدُ وَثيقَةٍ لجانبِ الاستيفاءِ، فَيُعتَبَرُ بالوثيقةِ في طَرَفِ الوجوبِ، وهي الكفالةُ[٢].

قال: (الرَّهنُ يَنعقِدُ بالإيجابِ والقَبُولِ، ويَتِمُّ بالقَبضِ).

قالوا: الرُّكنُ الإيجابُ بِمُجرَّدِهِ؛ لأنَّه عقدُ تبرُّعٍ، فَيَتِمُّ بالمُتبرِّعِ كالهبةِ والصَّدقةِ، والقَبضُ شَرْطُ اللُّزومِ على ما نبيِّنُهُ إن شاء الله تعالى.

وقال مالك: يلزَمُ بنفسِ العَقدِ[٣]؛ ....

---

(١) أخرج البخاري في البيوع، باب: شراء النبيِّ ﷺ بالنسيئة (١٩٦٢)، ومسلم في المساقاة، باب: الرَّهن وجوازِهُ في الحَضَرِ والسَّفر (١٦٠٣) عن عائشة رضي الله عنها: أنَّ النَّبيَّ ﷺ اشترى طعاماً من يهوديٍّ إلى أجلٍ ورَهَنَه دِرعاً من حديدٍ.

(٢) بعد أن استدلَّ على مشروعيَّةِ الرَّهن بالشَّرعِ، استدلَّ على مشروعيَّتِهِ بالعقل، وتقريرُهُ: أنَّ لِلدَّينِ طَرَفَين: طَرَفَ الوُجوبِ وطَرَفَ الاستيفاءِ؛ لأنَّه يجبُ أوَّلاً في الذِّمَّةِ ثمَّ يُستَوفَى المالُ بعدَ ذلك، ثمَّ الوثيقةُ لِطَرَفِ الوُجوبِ الذي يَختصُّ بالذِّمَّةِ - وهي الكفالة - جائزةٌ، فكذا الوثيقةُ التي تَختصُّ بالمال، بل بطريقِ الأولى؛ لأنَّ الاستيفاءَ هو المَقصودُ، والوُجوب وَسيلةٌ إليه. عناية.

(٣) يعني: بدونِ شرطِ القَبضِ.

لأنَّه يَختَصُّ بالمالِ من الجانبين[1]، فصار كالبيع، ولأنَّه عَقدُ وَثيقةٍ فأشبَهَ الكَفالةَ[2].

ولنا: ما تَلَونا، والمَصدَرُ المَقرونُ بِحَرفِ الفاءِ في مَحلِّ الجَزاءِ[3]، يُرادُ به الأمرُ[4]، ولأنَّه عقدُ تَبرُّعٍ لِما أنَّ الرَّاهنَ لا يَستوجِبُ بِمُقابَلَتِهِ على المُرتَهِنِ شيئاً، ولهذا لا يُجبَرُ عليه، فلا بدَّ من إمضائِهِ كما في الوصيَّة، وذلك بالقَبضِ.

ثمَّ يُكتَفَى فيه[5] بالتَّخليةِ في ظاهرِ الرِّوايةِ؛ لأنَّه قبضٌ بِحُكمِ عَقدٍ مَشروعٍ، فأشبَهَ قَبضَ المَبيعِ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه[6] لا يَثبُتُ في المَنقولِ إلَّا بالنَّقل؛ لأنَّه قبضٌ مُوجِبٌ للضَّمانِ ابتداءً[7] بمنزلةِ الغَصبِ[8]، بخلافِ الشِّراءِ[9]؛ لأنَّه[10] ناقلٌ للضَّمانِ من البائعِ إلى المشتري، وليس بِمُوجِبٍ ابتداءً، والأوَّلُ أصحُّ.

---

(١) أي: من جانب الرَّاهنِ وجانبِ المُرتَهِنِ.
(٢) أي: في عدمِ اشتراطِ القبضِ.
(٣) أراد بالمصدرِ كلمة «رهان» في قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٞۖ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٣]، وفي جَعلِهِ مصدراً نظرٌ.
(٤) كما في قوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوۡ عَلَىٰ سَفَرٖ فَعِدَّةٞ مِّنۡ أَيَّامٍ أُخَرَۗ﴾ [البَقَرَة: ١٨٥]، أي: فَلْيَصُمْ، والأمرُ بالشَّيءِ المَوصوفِ يقتضي أن يكونَ ذلك الوصفُ شرطاً فيه؛ إذِ المشروعُ بصفةٍ لا يُوجَدُ بدونِ تلك الصِّفةِ، نظيرُهُ قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ﴾ [النِّساء: ٩٢]، أي: فَلْيُحرِّر رقبةً مؤمنةً. تبيين الحقائق
(٥) أي: في القبض.
(٦) أي: القبض.
(٧) أراد بابتداء الضَّمانِ أنَّ الرَّهنَ لم يكن مضموناً على أحدٍ قبل العقد.
(٨) وفي الغصب يُشترطُ للضَّمانِ نقلُ المغصوب، ولا يثبتُ بالتَّخليةِ.
(٩) جوابٌ عن قياسِ وجهِ الظَّاهرِ، بأنَّ القبضَ في الشِّراءِ ناقلٌ للضَّمانِ من البائع إلى المشتري؛ لكونِ المَبيعِ بعدَ العقدِ قبلَ التَّسليمِ إلى المشتري مضموناً على البائع بالثَّمن، وبالتَّسليمِ إليه يَنتقِلُ الضَّمانُ منه إليه، فلم يكنْ مضموناً على القابضِ ابتداءً. عناية.
(١٠) أي: لأنَّ القبضَ في الشِّراءِ.

فإذا قَبَضَهُ المُرتَهِنُ مَحُوزاً مُفرَغاً مُتَميِّزاً تَمَّ العَقدُ فيه، وما لم يَقبِضْهُ فالرَّاهِنُ بالخيارِ: إنْ شاءَ سَلَّمَهُ، وإن شاءَ رَجَعَ عن الرَّهنِ، وإذا سَلَّمَهُ إليه فَقَبَضَهُ دَخَلَ في ضَمانِهِ. ....

قال: (فإذا قَبَضَهُ المُرتَهِنُ مَحُوزاً[١] مُفرَغاً مُتَميِّزاً[٢] تَمَّ العَقدُ فيه)؛ لوجودِ القَبضِ بِكَمالِهِ فَلَزِمَ العقدُ.

(وما لم يَقبِضْهُ فالرَّاهِنُ بالخيارِ: إنْ شاءَ سَلَّمَهُ، وإن شاءَ رَجَعَ عن الرَّهنِ)؛ لِما ذكرنا أنَّ اللُّزومَ بالقَبضِ، إذِ المَقصودُ[٣] لا يَحصُلُ قبلَهُ.

قال: (وإذا سَلَّمَهُ إليه فَقَبَضَهُ دَخَلَ في ضَمانِهِ)، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[٤]: هو أمانةٌ في يدِهِ، ولا يَسقُطُ شيءٌ من الدَّينِ بهلاكِهِ؛ لقوله ﷺ: «لا يَغْلَقُ الرَّهنُ - قالها ثلاثة - لصاحِبِهِ غُنْمُهُ وعليه غُرْمُهُ»[٥]، قال: ومعناه: لا يَصيرُ[٦] مَضموناً بالدَّين، ولأنَّ الرَّهنَ وَثيقةٌ بالدَّينِ، فَبِهلاكِهِ لا يَسقُطُ الدَّينُ اعتباراً بِهَلاكِ الصَّكِّ، وهذا؛ لأنَّ بعدَ الوَثيقةِ يَزدادُ معنى الصِّيانةِ، والسُّقوطُ بالهلاكِ[٧] يُضادُّ ما اقتضاه العَقدُ، إذِ الحَقُّ به[٨] يَصيرُ بِعَرْضِ الهَلاكِ، ....

---

(١) احترازٌ عن رَهنِ التَّمرِ على رُؤوسِ النَّخل بِدُونِها.

(٢) احترازٌ عن الشُّيوعِ في الرَّهن.

(٣) وهو الاستيفاءُ لا يَحصُلُ قبلَ القَبضِ، فإذا قَبَضَه المُرتَهِنُ دخَلَ في ضمانه.

(٤) قال الماوردي في الحاوي (٦/ ٢٥٤) دار الكتب العلمية: اختَلَفَ النَّاس في الرَّهن هل هو مضمون على المُرتَهِن، أو غيرُ مَضمونٍ، على خمسة مذاهب: إحداها - وهو مذهبنا -: أنَّ الرَّهن أمانةٌ لا يُضمَنُ إلَّا بالتَّعدي.

(٥) أخرجه ابن حبان في الرهن (١٣/ ٢٥٨) (٥٩٣٤)، والحاكم (٢/ ٥٨) (٢٣١٥)، وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.

(٦) أي: لا يصيرُ الرَّهنُ مضموناً بسبب الدَّين.

(٧) أي: سقوطُ الدَّين بهلاكِ الرَّهنِ.

(٨) أي: الحقُّ - وهو الدَّين - يصير بسببِ الرَّهنِ عُرْضةً للهلاكِ.

وهو[1] ضِدُّ الصِّيانةِ.

ولنا: قولُه ﷺ لِلمُرتَهِن بعد ما نفَقَ فرسُ الرَّهنِ عنده: «ذهَبَ حقُّكَ»[2]، وقولُه ﷺ: «إذا عُمِّي الرَّهنُ فهو بما فيه»[3]، معناه: على ما قالوا: إذا اشتَبَهَتْ قيمةُ الرَّهنِ بعد ما هَلَكَ، وإجماعُ الصَّحابةِ والتَّابعين ﵃ على أنَّ الرَّهنَ مَضمونٌ، مع اختلافِهم في كيفيَّتِهِ[4]، والقولُ بالأمانةِ خَرْقٌ له.

والمرادُ بقوله ﷺ: «لا يَغلَقُ الرَّهن» على ما قالوا: الاحتباسُ الكُلِّيُّ والتَّمكُّنُ بأن يَصيرَ مَملُوكاً له، كذا ذكر الكرخي عن السَّلفِ.

ولأنَّ[5] الثَّابِتَ لِلمُرتهِنِ يدُ الاستيفاءِ، وهو مِلكُ اليدِ والحَبسُ؛ لأنَّ الرَّهنَ يُنبئُ عن الحبسَ الدَّائم، قال الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدَّثر: ٣٨]، وقال قائلهم:

---

(١) أي: كونُ الدَّينِ عرضةً للهلاكِ.

(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل، باب: ما جاء في الرهن برقم (١٨٨).

(٣) أخرجه أبو داود في المراسيل، باب: ما جاء في الرهن برقم (١٩١) عن أبي الزِّناد أنَّ ناساً يُوهِمُون في قولِ رسولِ اللهِ ﷺ: «الرَّهنُ بما فيه»، ولكن إنَّما قال ذلك فيما أخبرنا الثِّقة من الفُقهاء أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: «الرَّهنُ بما فيه إذا هلَكَ وعَمِيَتْ قِيمتُهُ، يقال حينئذٍ للذي رَهَنَه: زعمتَ أنَّ قِيمَتَهُ مئةُ دينارٍ واستَلمتَهُ بعشرين ديناراً، ورضيتَ بالرَّهن، ويقال للآخر: زعمتَ أنَّ ثَمَنَه عشرةُ دنانير، فقد رضيتَ به عِوَضاً من عشرين ديناراً.

وأخرجه الدارقطني في البيوع برقم (١٢٣، ١٢٤، ١٣٧) عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: «الرَّهنُ بما فيه»، والحديث حوله مقال كثير، انظر نصب الراية (٤/ ٣٢١).

(٤) يعني: أنَّهم اتَّفقوا على أنَّ الرَّهنَ مَضمونٌ، لكنَّهم اختَلفُوا في كيفيَّتِهِ. وروي عن أبي بكر الصِّدِّيق ﵁: أنَّه مضمون بالقيمة، ورُوي عن ابن عمر وابنِ مسعود أنَّهما قالا: الرَّهنُ مضمونٌ بالأقلِّ من قيمتِهِ ومن الدَّينِ، وهكذا روي عن عليٍّ ﵁ في بعضِ الرِّوايات، وروي عن ابن عباس: أنَّه مضمونٌ بالدَّين.

واختلافُهُم على هذا الوجهِ إجماعٌ منهم على أنَّه مضمونٌ، فالقولُ بكونِهِ أمانةً خَرقٌ للإجماع. عناية.

(٥) شروعٌ في بيان الدَّليل العقليِّ للمسألة.

وفـــارقـــتُـــكَ بِـــرَهـــنٍ لا فِـــكَـــاكَ لـــه
يـــومَ الـــوَداعِ فـــأمـــسَـــى الـــرَّهـــنُ قـــد غَـــلِـــقـــا

والأحكامُ الشَّرعيَّةُ تَنعطِفُ على الألفاظِ على وَفْقِ الأنباءِ[1]، ولأنَّ الرَّهنَ وَثيقَةٌ لجانِبِ الاستيفاءِ، وهو أن تكونَ[2] مُوصِلَةً إليه، وذلك[3] ثابتٌ له بملكِ اليدِ والحَبسِ، لِيَقَعَ الأمنُ من الجُحودِ، مَخافَةَ جُحودِ المُرتهِنِ الرَّهنَ[4]، وليكونَ عاجزاً عن الانتفاعِ به، فَيَتسارَعُ إلى قَضاءِ الدَّينِ لحاجتِهِ أو لِضَجَرِه.

وإذا كان كذلك[5] يَثْبُتُ الاستيفاءُ من وَجهٍ، وقد تَقَرَّرَ[6] بالهلاك، فلو استوفاه ثانياً يُؤدِّي إلى الرِّبا، بخلافِ حالةِ القيامِ[7]؛ لأنَّه يَنتقِضُ هذا الاستيفاءُ بالرَّدِّ على الرَّاهن، فلا يَتكَرَّر.

ولا وَجْهَ[8] إلى استيفاءِ الباقي بدونِهِ[9]؛ لأنَّه لا يُتصوَّرُ.

---

(١) أي: الأحكامُ الشَّرعيَّةُ تنسحبُ على الألفاظِ اللغويَّةِ، فالأصل مطابقةُ الشَّرعِ للحقيقةِ اللُّغويَّةِ. بناية.

(٢) أي: تكونُ الوثيقةُ موصِلةً للاستفاء.

(٣) أي: كونُ الرَّهنِ وثيقةً موصِلةً للاستيثاق.

(٤) معناه: أنَّ الحَبْسَ يُفضي إلى أداءِ الحَقِّ؛ لأنَّ الرَّاهن يَخشى إنْ جَحَدَ الدَّينَ أن يَجحَدَ المُرتهِنُ الرَّهنَ؛ لأنَّ قيمةَ الرَّهنِ قد تكونُ أكثرَ من الدَّين. عناية.

(٥) أي: إذا ثبَتَ أنَّ الرَّهنَ يدلُّ على اليدِ والحَبسِ، ثَبَتَ الاستيفاءُ من وَجهٍ.

(٦) أي: تقرَّرَ الاستيفاءُ بهلاكِ الرَّهن.

(٧) أي: حالة قيامِ الرَّهنِ، حيثُ لا يؤدِّي التَّكرارُ إلى الرِّبا.

(٨) شروع في جواب عن سؤال هو: فليَستوفِ المُرتهِنُ الدَّينَ على وَجهٍ لا يُؤدِّي إلى الرِّبا، وهو أن يَستوفي رَقبةً لا يداً.
أجاب: بأنَّه لا وجهَ إلى استيفاءِ الباقي - وهو مِلكُ الرَّقبة - بدونِ مِلكِ اليدِ، إذ لا يُتصوَّرُ ذلك، كما إذا استوفى زُيوفاً مكانَ الجيادِ، فإنَّ حقَّه في الجَودةِ يَبطُلُ لِعَدَمِ تَصوُّرِ استيفاءِ الجَودةِ وَحْدَها بدون العين. عناية بتصرف.

(٩) أي: بدونِ ملكِ اليدِ.

والاستيفاءُ يقع بالماليَّةِ[١]، أمَّا العينُ فأمانةٌ، حتَّى كانت نفقَةُ المَرهونِ على الرَّاهنِ في حياتِهِ وكفَنُهُ بعدَ مَماتِهِ. وكذا قَبضُ الرَّهنِ لا يَنوبُ عن قبضِ الشِّراءِ إذا اشتراه المُرتَهِنُ؛ لأنَّ العينَ أمانةٌ فلا تَنوبُ عن قَبضِ ضمانٍ.

ومُوجَبُ العَقدِ[٢] ثبوتُ يدِ الاستيفاءِ، وهذا يُحقِّقُ الصِّيانةَ، وإنْ كان فَراغُ الذِّمَّةِ من ضَروراتِهِ[٣]، كما في الحوالةِ.

فالحاصلُ: أنَّ عندنا حُكمَ الرَّهنِ صيرورةُ الرَّهنِ مُحتَبِساً بدَينِهِ بإثباتِ يدِ الاستيفاءِ عليه، وعنده تَعلُّقُ الدَّينِ بالعَينِ استيفاءً منه عيناً بالبيع.

فَيُخرَّجُ على هذين الأصلينِ عِدَّةٌ من المَسائلِ المُختَلَفِ فيها بيننا وبينه، عَدَدْناها في كفايةِ المُنتهي جملةً، منها: أنَّ الرَّاهن مَمنوعٌ عن الاستردادِ للانتفاع[٤]؛ لأنَّه يُفوِّتُ مُوجَبُه، وهو الاحتباسُ على الدَّوامِ.

وعنده: لا يَمنَعُ منه؛ لأنَّه لا يُنافي مُوجَبَه، وهو تعيُّنُه للبيع، وسيأتيك البواقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى.

---

(١) جوابٌ عمَّا يقال: لو كان بالرَّهنِ استيفاءٌ لكان إمَّا لِعَينِ الدَّين أو لِبَدَلِه، ولا سبيلَ إلى الأوَّل؛ لأنَّ الرَّهنَ ليس من جنس الدَّين، واستيفاءُ الدَّين لا يكون إلَّا من جنسِهِ، ولا إلى الثَّاني لأنَّ الرَّهنَ ببدلِ الصَّرفِ والمُسلَم فيه جائزٌ، والاستبدالُ بهما غيرُ جائز.
وتقريرُ الجوابِ أنَّا نَختارُ الأوَّلَ، وقولُهُ: «الرَّهنُ ليس من جنس الدَّين»، قلنا: ليس من جنسِهِ من حيثُ الصُّورةُ أو الماليَّةُ، والأوَّل مُسلَّمٌ، وليس الاستيفاءُ من حيثُ الصُّورةُ، بل هو من حيثُ الصُّورةُ أمانةٌ. وهو معنى قول المرغيناني: أمَّا العينُ فأمانةٌ ... إلخ.

(٢) جوابٌ عمَّا قال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «الرَّهنُ وَثيقةٌ بالدَّينِ، وبعدَ الوَثيقةِ يَزدادُ مَعنى الصِّيانةِ، والسُّقوطُ بالهَلاكِ يُضادُّ ما اقتَضاهُ العَقدُ». عناية.

(٣) أي: وإن كان فراغُ ذمَّةِ الرَّاهنِ عند الهلاكِ من ضروراتِ الاستيفاء؛ لأنَّه إذا حصل الاستيفاءُ حصَلَ الفَراغُ ضرورةً، وإلَّا لم يكنِ الاستيفاءُ استيفاءً. بناية.

(٤) أي: عن استردادِ الرَّهنِ من المرتَهِنِ لأجلِ الانتفاعِ.

ولا يَصِحُّ الرَّهنُ إلَّا بِدَينٍ مَضمُونٍ، ....

قال: (ولا يَصِحُّ الرَّهنُ إلَّا بِدَينٍ مَضمُونٍ[1])؛ لأنَّ حُكمَهُ ثُبوتُ يدِ الاستيفاءِ، والاستيفاءُ يتلو الوجوبَ.

قال رضي الله عنه: ويدخلُ على هذا اللَّفظِ[2] الرَّهنُ بالأعيانِ المَضمونةِ بأنفسِها، فإنَّه يصحُّ الرَّهنُ بها ولا دينٌ.

ويمكن أن يقال[3]: إن الواجِبَ الأصليَّ فيها[4] هو القيمةُ، وردُّ العَينِ مَخلَصٌ على ما عليه أكثرُ المشايخ، وهو دَينٌ[5]، ولهذا[6] تصحُّ الكفالةُ بها[7]، ولئن كان لا يجبُ إلَّا بعدَ الهَلاكِ، ولكنَّه يَجبُ عندَ الهَلاكِ بالقَبضِ السَّابقِ، ولهذا[8] تُعتَبَرُ

---

(١) قيَّد الدَّينَ بالمَضمونِ على وَجهِ التَّأكيدِ، وإلَّا فَجَميعُ الدُّيونِ مَضمونةٌ، كذا قال في شرح الأقطع.
وقيل: أريد بالدَّين المَضمونِ ما كان واجباً للحال، أي: لا يصحُّ إلَّا بدينٍ واجبٍ للحال، لا بدَينٍ سَيَجبُ، واحترَزَ به عن الرَّهنِ بالدَّرَكِ، فإنَّه لا يصحُّ، والرَّهنُ بالدَّرَكِ: هو عبارةٌ عن ضمانِ الثَّمنِ عندَ استحقاقِ المَبيع.
وقيل: احترازٌ عن بدَلِ الكتابةِ، فإنَّ الرَّهن به لا يصحُّ؛ لأنَّ المضمونَ هو الذي لا يَسقُطُ إلَّا بالأداءِ أو بالإبراء، وبدَلُ الكتابةِ ليس كذلك؛ لأنَّه يَسقُطُ بِتَعجيزِ النَّفسِ. وفي الفتاوى: يجوزُ الرَّهنُ ببَدَلِ الكتابةِ، والأصحُّ ما قاله في شرح الأقطع. اهـ اتقاني.
قال الزَّيلعي في التَّبيين: وصفُ الدَّينِ بِكَونِهِ مَضموناً وصفٌ ضائعٌ لا فائدة فيه؛ لأنَّ الدَّينَ لا يكونُ إلَّا مضموناً.

(٢) أي: يُشكِل على قوله: «ولا يصحُّ الرَّهنُ إلَّا بدينٍ مضمون» الرَّهنُ بالأعيانِ المضمونةِ بنفسها - كالمغصوب والمقبوض على سوم الشِّراء - فإنَّه يصحُّ الرَّهنُ بها مع أنَّها خاليةٌ عن الدَّين.

(٣) أي: في الجواب عن الإشكالِ المتقدِّمِ.

(٤) أي: في الأعيانِ المضمونةِ بنفسها.

(٥) أي: والحال أنَّ المُوجِبَ الأصليَّ دينٌ. بناية.

(٦) أي: ولكونِ الموجِبِ الأصلي هو القيمة. بناية.

(٧) أي: بالعين المضمونةِ بنفسِها.

(٨) أي: ولكون وجوبِ القيمةِ بالقبضِ السَّابقِ.

وهو مَضمونٌ بالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ ومِنَ الدَّينِ، فإذا هَلَكَ في يدِ المُرتَهِنِ، وقِيمَتُهُ والدَّينِ سواءٌ، صارَ المُرتَهِنُ مُستوفياً لِدَينِهِ [حكماً]، وإنْ كانت قِيمَةُ الرَّهنِ أكثَرَ، فالفَضلُ أمانَةٌ في يَدِهِ، وإنْ كانت أقَلَّ، سَقَطَ من الدَّينِ بِقَدْرِهِ ورَجَعَ المُرتَهِنُ بالفَضلِ. ....

قيمتُهُ يومَ القَبضِ، فيكونُ رهناً بعدَ وُجودِ سببِ وُجوبِهِ، فيصحُّ[1] كما في الكفالة، ولهذا لا تَبطُلُ الحوالةُ المُقيَّدةُ به بهلاكِهِ، بخلافِ الوديعةِ.

قال: (وهو مَضمونٌ بالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ ومِنَ الدَّينِ، فإذا هَلَكَ في يدِ المُرتَهِنِ، وقِيمَتُهُ والدَّينِ سواءٌ، صارَ المُرتَهِنُ مُستوفياً لِدَينِهِ [حكماً][2]، وإنْ كانت قِيمَةُ الرَّهنِ أكثَرَ، فالفَضلُ أمانَةٌ في يَدِهِ)؛ لأنَّ المَضمونَ بِقَدْرِ ما يَقَعُ به الاستيفاءُ، وذاك بِقَدْرِ الدَّينِ.

(وإنْ كانت[3] أقَلَّ، سَقَطَ من الدَّينِ بِقَدْرِهِ ورَجَعَ المُرتَهِنُ بالفَضلِ)؛ لأنَّ الاستيفاءَ بِقَدْرِ الماليَّةِ.

وقال زفر: الرَّهنُ مَضمونٌ بالقيمةِ، حتَّى لو هَلَكَ الرَّهنُ وقيمتُهُ يومَ الرَّهنِ ألفٌ وخَمسُمائةٍ، والدَّينُ ألفٌ، رَجَعَ الرَّاهنُ على المُرتهِنِ بِخَمسِمائةٍ.

له: حديثُ عليٍّ رضي الله عنه قال: «يَترادَّانِ الفَضْلَ[4] في الرَّهنِ»[5]، ولأنَّ الزِّيادةَ على الدَّينِ مَرهونةٌ لكونها مَحبوسةً به، فتكونُ مَضمونةً اعتباراً بِقَدْرِ الدَّينِ.

ومَذهبُنا مَرويٌّ عن عمر وعبدِ الله بنِ مسعود رضي الله عنهما، ولأنَّ يدَ المُرتهِنِ يدُ الاستيفاءِ فلا تُوجِبُ الضَّمانَ إلَّا بالقَدرِ المُستوفَى ....

---

(١) أي: الرَّهنُ.

(٢) زيادة من (ج).

(٣) أي: قيمةُ الرَّهنِ.

(٤) يعني: أنَّ التَّرادَّ إنَّما يكونُ من الجانبين.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في البيوع، باب: في الرَّجل يَرهَنُ الرَّجلَ فيهلك (٢٢٧٩٤).

وَلِلمُرتَهِنِ أنْ يُطالِبَ الرَّاهِنَ بِدَينِهِ ويَحبِسَهُ بِهِ. وإذا طَلَبَ المُرتَهِنُ دينَهُ يُؤمَرُ بإحضارِ الرَّهنِ، وإذا أحضَرَهُ أمَرَ الرَّاهنَ بِتَسليمِ الدَّينِ إليه أوَّلاً، ....

كما في حقيقة الاستيفاءِ[١]، والزِّيادةُ مرهونةٌ به ضرورةَ امتناعِ حَبسِ الأصلِ بِدُونِها، ولا ضرورةَ في حقِّ الضَّمانِ[٢].

والمرادُ بالتَّرادِّ فيما يُروى حالةَ البيعِ، فإنَّه روي عنه أنَّه قال: المُرتَهِنُ أمينٌ في الفَضلِ[٣].

قال: (وَلِلمُرتَهِنِ أنْ يُطالِبَ الرَّاهِنَ بِدَينِهِ ويَحبِسَهُ بِهِ)؛ لأنَّ حقَّه باقٍ بعدَ الرَّهنِ، والرَّهنُ لِزيادةِ الصِّيانةِ، فلا تَمتنعُ به المُطالبَةُ، والحَبْسُ جزاءُ الظُّلمِ، فإذا ظَهرَ مُطْلُهُ عندَ القاضي يَحبِسُهُ كما بيَّنَّاه على التَّفصيل فيما تقدَّم[٤].

(وإذا طَلَبَ المُرتَهِنُ دينَهُ يُؤمَرُ بإحضارِ الرَّهنِ)؛ لأنَّ قَبْضَ الرَّهنِ قبضُ استيفاءٍ، فلا يجوزُ أن يَقبِضَ مالَهُ مع قيامِ يدِ الاستيفاءِ؛ لأنَّه يَتكرَّرُ الاستيفاءُ على اعتبارِ الهلاكِ في يدِ المُرتَهِنِ، وهو مُحتَمَلٌ.

(وإذا أحضَرَهُ أمَرَ الرَّاهنَ بِتَسليمِ الدَّينِ إليه أوَّلاً)؛ لِيَتعيَّنَ حقُّه كما تعيَّنَ حقُّ الرَّاهن تحقيقاً للتَّسويةِ، كما في تَسليمِ المَبيعِ والثَّمنِ، يُحضِرُ المَبيعَ ثمَّ يُسلِّمُ الثَّمنَ أوَّلاً.

---

(١) مثلُ ما إذا أوفاه ألفي دِرهمٍ في كيسٍ، وحقُّه في ألفٍ، فإنَّه يصيرُ ضامناً قَدْرَ الدَّينِ، والزِّيادةُ على قدرِ الدَّينِ أمانةٌ، فكذا هذا. عناية.

(٢) لأنَّ بقاءَ الرَّهنِ مع عَدَمِ الضَّمانِ مُمكِنٌ، بأن استعار الرَّاهنُ الرَّهنَ من المُرتَهِن، فإنَّ الرَّهنَ باقٍ ولا ضمانَ على المُرتَهِنِ كما سيجيء. عناية.

(٣) يعني: توفيقاً بين حديثي عليٍّ رضي الله عنه، فإنَّه روي عنه «المُرتَهِنُ أمينٌ في الفَضلِ»، فيجبُ حملُ الأوَّلِ على حالةِ البيعِ، يعني: إذا باع المرتهنُ الرَّهنَ بإذن الرَّاهنِ يَرُدُّ ما زاد على الدَّينِ من ثمنِهِ إلى الرَّاهنِ، ولو كان الدَّينُ زائداً يَرُدُّ الرَّاهنُ زيادةَ الدَّين. عناية.

(٤) يعني: في فَصلِ الحَبسِ من أدبِ القاضي، انظر (٣/ ٢٦٣).

وإنْ طالَبَهُ بالدَّينِ في غيرِ البَلَدِ الذي وَقَعَ العَقدُ فيه، إنْ كانَ الرَّهنُ مِمَّا لا حَمْلَ له ولا مُؤْنَةَ، فكذلكَ الجَوابُ، وإنْ كانَ له حَمْلٌ ومُؤنَةٌ يَستَوفِي دَيْنَهُ ولا يُكلَّفُ إحضارَ الرَّهنِ. ولو سَلَّطَ الرَّاهنُ العَدْلَ على بَيعِ المَرهونِ، فَباعَهَ بِنَقدٍ أو نَسيئةٍ جاز. فلو طالَبَ المُرتَهِنُ بالدَّينِ، لا يُكلَّفُ المُرتَهِنُ إحضارَ الرَّهنِ، وكذا إذا أَمَرَ المُرتَهِنَ بِبَيعِهِ فباعَهُ ولم يَقبِضِ الثَّمنَ، ولو قَبَضَهُ يُكلَّفُ إحضارَهُ لقيامِ البَدلِ مَقامَ المُبدَلِ.

(وإنْ طالَبَهُ بالدَّينِ في غيرِ البَلَدِ الذي وَقَعَ العَقدُ فيه، إنْ كانَ الرَّهنُ مِمَّا لا حَمْلَ له ولا مُؤْنَةَ، فكذلكَ الجَوابُ)؛ لأنَّ الأماكنَ كلَّها في حقِّ التَّسليمِ كمكانٍ واحدٍ فيما ليس له حَمْلٌ ومُؤنَةٌ؛ ولهذا لا يُشتَرَطُ بيانُ مكانِ الإيفاءِ فيه في باب السَّلَمِ بالإجماع.

(وإنْ كانَ له حَمْلٌ ومُؤنَةٌ يَستَوفِي دَيْنَهُ ولا يُكلَّفُ إحضارَ الرَّهنِ)؛ لأنَّ هذا نَقلٌ، والواجبُ عليه التَّسليمُ بمعنى التَّخليةِ، لا النَّقلُ من مكانٍ إلى مكانٍ؛ لأنَّه يَتضرَّرُ به زيادةَ الضَّررِ، ولم يَلتزِمْه.

(ولو سَلَّطَ الرَّاهنُ العَدْلَ على بَيعِ المَرهونِ، فَباعَهَ بِنَقدٍ أو نَسيئةٍ جاز)؛ لإطلاقِ الأمرِ، (فلو طالَبَ المُرتَهِنُ بالدَّينِ، لا يُكلَّفُ المُرتَهِنُ إحضارَ الرَّهنِ)؛ لأنَّه لا قُدرةَ له على الإحضارِ[1].

(وكذا إذا أَمَرَ[2] المُرتَهِنَ بِبَيعِهِ فباعَهُ ولم يَقبِضِ الثَّمنَ)؛ لأنَّه صار ديناً بالبيع بأمرِ الرَّاهنِ، فصار كأنَّ الرَّاهنَ رَهَنَه وهو دينٌ، (ولو قَبَضَهُ يُكلَّفُ إحضارَهُ لقيامِ البَدلِ مَقامَ المُبدَلِ)؛ لأنَّ الذي يتولَّى قبضَ الثَّمنِ هو المُرتَهِنُ؛ لأنَّه هو العاقدُ فَتَرجِعُ الحقوقُ إليه، وكما يُكلَّفُ إحضارَ الرَّهنِ لاستيفاءِ كلِّ الدَّينِ، يُكلَّفُ لاستيفاءِ نَجمٍ قد حَلَّ؛ لاحتمالِ الهَلاكِ.

---

(١) لأنَّ الرَّهنَ بِيعَ بأمرِ الرَّاهنِ.

(٢) أي: وكذا لا يُكلَّفُ المرتهِنُ إحضارَ الرَّهنِ إذا كان الرَّاهنُ أمرَهُ ببيعِ الرَّهنِ.

ولو وَضَعَ الرَّهنَ على يدِ العَدْلِ وأمَرَ أنْ يُودِعَهُ غيرَهُ، ففَعَلَ، ثمَّ جاءَ المُرتَهِنُ يَطلُبُ دَينَهُ، لا يُكلَّفُ إحضارَ الرَّهنِ. ولو وَضَعَهُ العَدْلُ في يدِ مَنْ في عيالِهِ وغابَ وطَلَبَ المُرتَهِنُ دَيْنَهُ، والذي في يَدِهِ يَقولُ: «أودَعَنِي فلانٌ، ولا أدري لِمَنْ هو» يُجبَرُ الرَّاهِنُ على قَضاءِ الدَّينِ، ....

ثمَّ إذا قَبَضَ الثَّمنَ يُؤمَرُ بإحضارِهِ لاستيفاءِ الدَّينِ لقيامِهِ مَقامَ العينِ[١].

وهذا[٢] بخلاف ما إذا قَتَلَ رجلٌ عبدَ الرَّهنِ خطأً، حتَّى قُضِي بالقيمةِ على عاقِلَتِهِ في ثلاثِ سِنينَ، لم يُجبَرِ الرَّاهنُ على قضاءِ الدَّينِ حتَّى يُحضِرَ[٣] كلَّ القيمةِ؛ لأنَّ القيمةَ خَلَفٌ عن الرَّهنِ، فلا بدَّ من إحضارِ كلِّها، كما لا بدَّ من إحضارِ كلِّ عينِ الرَّهنِ.

وما صارت قيمَتَهُ بفعلِهِ[٤]، وفيما تقدَّمَ[٥] صار ديناً بِفعلِ الرَّاهنِ، فلهذا افترقا.

(ولو وَضَعَ الرَّهنَ على يدِ العَدْلِ وأمَرَ أنْ يُودِعَهُ غيرَهُ، ففَعَلَ، ثمَّ جاءَ المُرتَهِنُ يَطلُبُ دَينَهُ، لا يُكلَّفُ إحضارَ الرَّهنِ)؛ لأنَّه لم يُؤتَمَنْ عليه، حيثُ وُضِعَ على يدِ غيرِهِ فلم يكنْ تَسليمُهُ في قُدرتِهِ.

(ولو وَضَعَهُ العَدْلُ في يدِ مَنْ في عيالِهِ وغابَ وطَلَبَ المُرتَهِنُ دَيْنَهُ، والذي في يَدِهِ يَقولُ: «أودَعَنِي فلانٌ، ولا أدري لِمَنْ هو» يُجبَرُ الرَّاهِنُ على قَضاءِ الدَّينِ)؛ لأنَّ إحضارَ الرَّهنِ ليس على المُرتَهِنِ؛ لأنَّه لم يَقبِضْ شيئاً.

---

(١) أي: لقيامِ الثَّمنِ مقامَ الرَّهنِ. بناية.

(٢) إشارةٌ إلى قوله: «وكذا إذا أمَرَ المُرتهِنَ بِبَيعِهِ ...» إلى آخره، فإنَّه لا يُجبَرُ المُرتَهِنُ على الإحضار، بل يُجبَرُ على الأداءِ بدونِ إحضارِ شيءٍ، بخلافِ ما إذا قَتَلَ رجلٌ عبدَ الرَّهنِ خطأً حتَّى قُضِي ... إلخ. عناية.

(٣) أي: المرتَهِنُ.

(٤) هذا جوابٌ عن سؤال تقديرُهُ: لِمَ لا تكونُ القيمةُ هاهنا كالثَّمَنِ ثَمَّةَ، وهي ليست في يدِ المُرتَهِنِ، فَيُجبَرُ الرَّاهنُ على القضاءِ كما كان ثَمَّةَ.
فأجاب بقوله: ما صارتْ قيمةُ العبدِ المقتولِ قيمتَهُ بفعل الرَّاهن، بل بفعلِ الأجنبيِّ.

(٥) أي: في مسألة بيعِ العدلِ الرَّهنَ.

وكذلك إذا غابَ العَدْلُ بالرَّهنِ ولا يُدرَى أين هو. ولو أنَّ الذي أودَعَهُ العَدْلُ جَحَدَ الرَّهْنَ، وقال: «هو مالي» لم يَرجِعِ المُرتَهِنُ على الرَّاهنِ بِشَيءٍ حتَّى يَثبُتَ كَونُهُ رَهْناً. وإنْ كانَ الرَّهنُ في يَدِهِ، ليس عليه أنْ يُمَكِّنَهُ من البَيعِ حتَّى يَقضيَهُ الدَّينَ، ولو قَضاهُ البَعْضَ فَلَهُ أنْ يَحبِسَ كلَّ الرَّهنِ حتَّى يَستوفِيَ البَقيَّةَ، فإذا قَضاهُ الدَّينَ، قيل له: سَلِّمِ الرَّهنَ إليه، فلو هَلَكَ قبلَ التَّسليم استَرَدَّ الرَّاهِنُ ما قَضاهُ، وكذلكَ لو تَفاسَخا الرَّهنَ، له حَبْسُهُ ما لم يَقبِضِ الدَّينَ أو يُبرِئَهُ.

(وكذلك إذا غابَ العَدْلُ بالرَّهنِ ولا يُدرَى أين هو)؛ لما قلنا[1].

(ولو أنَّ الذي أودَعَهُ العَدْلُ جَحَدَ الرَّهْنَ، وقال: «هو مالي» لم يَرجِعِ المُرتَهِنُ على الرَّاهنِ بِشَيءٍ حتَّى يَثبُتَ كَونُهُ رَهْناً)؛ لأنَّه لمَّا جَحَدَ الرَّهنَ فقد تَوَى المالُ، والتَّوى على المُرتَهِنِ، فيتحقَّقُ استيفاءُ الدَّينِ، ولا يَملِكُ المُطالبَةَ به.

قال: (وإنْ كانَ الرَّهنُ في يَدِهِ، ليس عليه أنْ يُمَكِّنَهُ[2] من البَيعِ حتَّى يَقضيَهُ الدَّينَ)؛ لأنَّ حُكمَهُ الحَبسُ الدَّائمُ إلى أن يَقضيَ الدَّينَ، على ما بيَّنَّاه.

(ولو قَضاهُ البَعْضَ فَلَهُ أنْ يَحبِسَ كلَّ الرَّهنِ حتَّى يَستوفِيَ البَقيَّةَ)، اعتباراً بِحَبسِ المَبيعِ، (فإذا قَضاهُ الدَّينَ، قيل له: سَلِّمِ الرَّهنَ إليه)؛ لأنَّه زالَ المانعُ من التَّسليمِ لِوُصولِ الحقِّ إلى مُستحِقِّهِ.

(فلو هَلَكَ قبلَ التَّسليم استَرَدَّ الرَّاهِنُ ما قَضاهُ)؛ لأنَّه صارَ مُستوفياً عندَ الهَلاكِ بالقَبضِ السَّابقِ، فكان الثَّاني[3] استيفاءً بعدَ استيفاءٍ، فيجبُ ردُّه.

(وكذلكَ لو تَفاسَخا الرَّهنَ، له[4] حَبْسُهُ ما لم يَقبِضِ الدَّينَ أو يُبرِئَهُ).

---

(١) إشارة إلى قوله: «لم يَقبِضْ شيئاً» يعني: من الرَّهن.

(٢) أي: إذا كان الرَّهنُ في يدِ المُرتَهِنِ، فهو مخيَّرٌ بين أن يُمكِّنَ الرَّاهنَ من بيعِهِ، وأن لا يُمكِّنه.

(٣) أي: القبضُ الثاني.

(٤) أي: للمُرتَهِنِ.

ولا يَبطُلُ الرَّهنُ إلَّا بالرَّدِّ على الرَّاهِنِ على وَجهِ الفَسخِ. ولو هَلَكَ في يَدِهِ سَقَطَ الدَّينُ إذا كانَ بِهِ وَفاءٌ بالدَّينِ. وليسَ لِلمُرتَهِنِ أنْ يَنتفِعَ بالرَّهنِ، لا باستخدامٍ، ولا بِسُكْنَى، ولا لُبْسٍ، إلَّا أنْ يأذَنَ له المالِكُ، وليس له أنْ يَبِيعَ إلَّا بِتَسليطٍ من الرَّاهِنِ، وليس له أن يُؤاجِرَ ويُعِيرَ. ولِلمُرتَهِنِ أنْ يَحفَظَ الرَّهنَ بِنَفسِهِ وزَوجَتِهِ ووَلَدِهِ وخادِمِهِ الذي في عِيالِهِ، وإنْ حَفِظَهُ بِغَيرِ مَنْ في عِيالِهِ، أو أودَعَهُ ضَمِنَ. وإذا تَعَدَّى المُرتَهِنُ في الرَّهنِ، ضَمِنَهُ ضَمانَ الغَصْبِ بِجَميعِ قِيمَتِهِ.

(ولا يَبطُلُ الرَّهنُ إلَّا بالرَّدِّ على الرَّاهِنِ على وَجهِ الفَسخِ)؛ لأنَّه يبقى مَضموناً ما بَقِيَ القبضُ والدَّينُ.

(ولو هَلَكَ في يَدِهِ سَقَطَ الدَّينُ إذا كانَ بِهِ وَفاءٌ بالدَّينِ) لبقاءِ الرَّهنِ.

(وليسَ لِلمُرتَهِنِ أنْ يَنتفِعَ بالرَّهنِ، لا باستخدامٍ، ولا بِسُكْنَى، ولا لُبْسٍ، إلَّا أنْ يأذَنَ له المالِكُ)؛ لأنَّ له حَقَّ الحَبسِ دونَ الانتفاعِ.

(وليس له أنْ يَبِيعَ إلَّا بِتَسليطٍ من الرَّاهِنِ، وليس له أن يُؤاجِرَ ويُعِيرَ)؛ لأنَّه ليس له وِلايةُ الانتفاعِ بنفسِهِ، فلا يَملِكُ تَسليطَ غيرِهِ عليه، فإنْ فعَلَ كان متعدِّياً، ولا يَبطُلُ عقدُ الرَّهنِ بالتَّعدِّي.

قال: (ولِلمُرتَهِنِ أنْ يَحفَظَ الرَّهنَ بِنَفسِهِ وزَوجَتِهِ ووَلَدِهِ وخادِمِهِ الذي في عِيالِهِ)، قال رضي الله عنه: معناه: أن يكونَ الوَلَدُ في عيالِهِ أيضاً، وهذا؛ لأنَّ عَيْنَه أمانةٌ في يدِهِ، فصار كالوديعةِ.

(وإنْ حَفِظَهُ بِغَيرِ مَنْ في عِيالِهِ، أو أودَعَهُ ضَمِنَ)، وهل يَضمَنُ الثَّاني؟، فهو على الخلافِ[1]، وقد بيَّنَّا جميعَ ذلك بدلائلِهِ في الوديعةِ.

(وإذا تَعَدَّى المُرتَهِنُ في الرَّهنِ، ضَمِنَهُ ضَمانَ الغَصْبِ بِجَميعِ قِيمَتِهِ)؛ لأنَّ الزِّيادةَ على مِقدارِ الدَّينِ أمانةٌ، والأماناتُ تُضمَنُ بالتَّعدِّي.

---

(١) فعند أبي حنيفة لا ضمانَ عليه، وعند الصَّاحبين عليه الضَّمان كالأوَّل. بناية.

ولو رَهَنَهُ خاتَماً فَجَعَلَهُ في خِنصَرِهِ فهو ضامِنٌ، ولو جَعَلَهُ في بَقيَّةِ الأصابعِ كان رَهْناً بِما فيه. ولو رَهَنَه سَيْفَينِ أو ثَلاثةً، فَتَقلَّدَها، لم يَضْمَنْ في الثَّلاثةِ، وضَمِنَ في السَّيفَينِ. وأُجرةُ البيتِ الذي يُحفَظُ فيه الرَّهنُ على المُرتَهِنِ، وكذلك أُجرَةُ الحافِظِ، وأُجرةُ الرَّاعي، ونَفَقةُ الرَّهنِ على الرَّاهِنِ. ....

(ولو رَهَنَهُ خاتَماً فَجَعَلَهُ في خِنصَرِهِ فهو ضامِنٌ)؛ لأنَّه مُتعدٍّ بالاستعمالِ؛ لأنَّه غيرُ مأذونٍ فيه، وإنَّما الإذنُ بالحِفْظِ، واليُمنَى واليُسرى في ذلك سواءٌ؛ لأنَّ العادَةَ فيه مُختَلِفةٌ.

(ولو جَعَلَهُ في بَقيَّةِ الأصابعِ كان رَهْناً بِما فيه)؛ لأنَّه لا يُلبَسُ كذلك عادةً، فكان من بابِ الحِفْظِ، وكذا الطَّيلسانُ إن لَبِسَه لُبساً مُعتاداً ضَمِنَ، وإن وَضَعَه على عاتِقِهِ لم يَضْمَن.

(ولو رَهَنَه سَيْفَينِ أو ثَلاثةً، فَتَقلَّدَها، لم يَضْمَنْ في الثَّلاثةِ، وضَمِنَ في السَّيفَينِ)؛ لأنَّ العادةَ جَرَت بين الشُّجعانِ بِتَقلُّدِ السَّيفينِ في الحَربِ، ولم تَجرِ بِتَقلُّدِ الثَّلاثةِ.

وإن لَبِسَ خاتَماً فوقَ خاتمٍ، إنْ كان هو مِمَّنْ يَتجمَّلُ بِلُبسِ خاتَمينِ ضَمِنَ، وإنْ كان لا يَتَجَمَّلُ بذلك، فهو حافِظٌ فلا يَضمَنُ.

قال: (وأُجرةُ البَيتِ الذي يُحفَظُ فيه الرَّهنُ على المُرتَهِنِ، وكذلك أُجرَةُ الحافِظِ، وأُجرةُ الرَّاعي، ونَفَقةُ الرَّهنِ على الرَّاهِنِ).

والأصلُ: أنَّ ما يُحتاجُ إليه لِمَصلحةِ الرَّهنِ وتَبقيتِهِ، فهو على الرَّاهنِ، سواءٌ كان في الرَّهنِ فَضلٌ أو لم يكن؛ لأنَّ العينَ باقٍ على مِلكِهِ، وكذلك مَنافِعُهُ مَملوكةٌ له، فيكونُ إصلاحُهُ وتَبقيَتُهُ عليه؛ لِما أنَّه مُؤْنَةُ مِلكِهِ كما في الوديعةِ، وذلك مِثلُ النَّفقةِ في مَأكلِهِ ومَشربِهِ، وأجرةُ الرَّاعي في معناه[1]؛ لأنَّه عَلَفُ الحَيوانِ، ومِن هذا

---

(١) أي: في معنى الإنفاقِ للمأكلِ والمَشرَبِ.

الجِنسِ كِسوةُ الرَّقيقِ وأُجرةُ ظِئْرِ وَلَدِ الرَّهنِ، وسَقيُ البُستانِ، وكَرْيُ النَّهرِ وتَلقيحُ نَخيلِهِ وجُذاذُهُ، والقيامُ بِمَصالِحِهِ.

وكلُّ ما كان لِحفظِهِ، أو لِرَدِّهِ إلى يَدِ المُرتَهِنِ[١]، أو لِرَدِّ جُزءٍ منه[٢]، فهو على المُرتَهِنِ. مِثلُ أُجرةِ الحافِظِ؛ لأنَّ الإمساكَ حَقٌّ له، والحِفظَ واجبٌ عليه، فيكونُ بدَلُهُ عليه، وكذلك أُجرَةُ البيتِ الذي يَحفَظُ الرَّهنَ فيه، وهذا في ظاهرِ الرِّوايةِ.

وعن أبي يوسف: أنَّ كِراءَ المَأوى على الرَّاهِنِ بِمَنزلةِ النَّفقةِ؛ لأنَّه سعى في تَبقيتِهِ، ومن هذا القسمِ جُعْلُ الآبِقِ، فإنَّه على المُرتَهِنِ؛ لأنَّه مُحتاجٌ إلى إعادةِ يَدِ الاستيفاءِ التي كانت له لِيَرُدَّه، فكانت مُؤْنَةَ الرَّدِ، فَيَلزَمُهُ، وهذا[٣] إذا كانت قيمةُ الرَّهنِ والدَّينِ سواءً.

وإنْ كانت قيمةُ الرَّهنِ أكثَرَ، فعَلَيهِ بِقَدْرِ المَضمونِ، وعلى الرَّاهنِ بِقَدْرِ الزِّيادة عليه؛ لأنَّه أمانةٌ في يدِهِ، والرَّدُّ لإعادةِ اليدِ، ويدُهُ في الزِّيادةِ يدُ المالكِ؛ إذ هو كالمُودَعِ فيها[٤]، فلهذا يكونُ على المالكِ.

وهذا بخلاف أُجرةِ البيتِ الذي ذكرناه[٥]، فإنَّ كلَّها تَجبُ على المُرتَهِن، وإن كان في قيمةِ الرَّهنِ فَضلٌ؛ لأنَّ وُجوبَ ذلك بسببِ الحَبْسِ، وحقُّ الحَبسِ في الكلِّ ثابتٌ له. فأمَّا الجُعْلُ إنَّما يَلزَمُهُ لأجلِ الضَّمانِ، فَيَتقدَّرُ بِقَدْرِ المَضمونِ.

---

(١) وذلك كَجُعلِ الآبقِ.

(٢) وذلك كَمُداواةِ الجِراح.

(٣) أي: جُعلُ الآبقِ الذي على المرتهنِ. بناية.

(٤) أي: المرتَهنُ كالمودَعِ في حقِّ الزِّيادةِ.

(٥) يعني: فيما تقدَّمَ من قولِهِ: «وأجرةُ البيتِ الذي يُحفظُ فيه الرَّهن على المرتهن»

ومُداواةُ الجِراحةِ والقُروحِ ومُعالَجةُ الأمراضِ والفِداءُ من الجِنايةِ، تَنقسِمُ على المَضمونِ والأمانةِ، والخراجُ على الرَّاهنِ خاصَّةً. والعُشرُ فيما يَخرُجُ مُقدَّمٌ على حَقِّ المُرتَهِن. وما أدَّاه أحدُهما مِمَّا وَجَبَ على صاحِبِه فهو مُتطوِّعٌ، وما أنفَقَ أحَدُهما مِمَّا يَجِبُ على الآخَرِ بأمرِ القاضي رَجَعَ عليه.

(ومُداواةُ الجِراحةِ والقُروحِ ومُعالَجةُ الأمراضِ والفِداءُ من الجِنايةِ، تَنقسِمُ على المَضمونِ والأمانةِ[١]، والخراجُ على الرَّاهنِ خاصَّةً)؛ لأنَّه مِن مُؤَنِ المِلكِ.

(والعُشرُ فيما يَخرُجُ مُقدَّمٌ على حَقِّ المُرتَهِن)؛ لِتَعلُّقِهِ[٢] بالعين، ولا يَبطُلُ الرَّهنُ في الباقي؛ لأنَّ وُجوبَهُ لا يُنافي مِلكَه، بخلافِ الاستحقاقِ.

(وما أدَّاه أحدُهما مِمَّا وَجَبَ على صاحِبِه فهو مُتطوِّعٌ، وما أنفَقَ أحَدُهما مِمَّا يَجِبُ على الآخَرِ بأمرِ القاضي رَجَعَ عليه) كأنَّ صاحبَهُ أمَرَه به؛ لأنَّ ولايةَ القاضي عامَّةٌ، وعن أبي حنيفة: أنَّه لا يَرجِعُ إذا كان صاحبُهُ حاضراً وإنْ كان بأمر القاضي.

وقال أبو يوسف: إنَّه يَرجِعُ في الوجهين، وهي فرعُ مسألةِ الحَجْرِ[٣]، والله أعلم.

---

(١) هذا إذا حَدَثَت هذه الأشياءُ عندَ المرتهنِ، أمَّا إذا حدثت عند الرَّاهنِ كان عليه. بناية.

(٢) أي: لتعَلُّقِ العُشرِ بالرَّهن.

(٣) فمذهب أبي حنيفة أنَّ القاضي لا يَلي على الحاضِرِ، وعندهما يَلِي عليه.

باب ما يجوز ارتهانُهُ والارتهانُ به وما لا يجوزُ

ولا يَجوزُ رَهْنُ المُشاعَ، ....

(باب ما يجوز ارتهانُهُ والارتهانُ به وما لا يجوزُ)

قال: (ولا يَجوزُ رَهْنُ المُشاعَ)، وقال الشَّافعيُّ[(١)]: يجوزُ. ولنا فيه وجهان:
أحدهما: يَبتَنِي على حُكمِ الرَّهنِ، فإنَّه عندنا ثُبُوتُ يدِ الاستيفاءِ، وهذا[(٢)] لا يُتصوَّرُ فيما يَتناولُهُ العقدُ، وهو المُشاعُ[(٣)].

وعندَهُ: المُشاعُ يَقبَلُ ما هو الحُكمُ عنده، وهو تَعيُّنُه للبيع[(٤)].

والثاني: أنَّ مُوجَبَ الرَّهنِ هو الحبسُ الدَّائمُ؛ لأنَّه[(٥)] لم يُشرَعْ إلَّا مَقبوضاً بالنَّصِّ[(٦)]، أو بالنَّظرِ إلى المَقصودِ منه، وهو الاستيثاقُ من الوجهِ الذي بيَّنَّاه، وكلُّ ذلك يَتعلَّق بالدَّوام[(٧)]، ولا يُفضي إليه إلَّا استحقاقُ الحَبسِ، ولو جَوَّزناهُ في المُشاعِ يَفوتُ الدَّوامُ؛ لأنَّه لا بدَّ من المُهايأةِ، فَيَصيرُ كما إذا قال: «رَهَنتُكَ يوماً ويوماً لاً».

ولهذا[(٨)] لا يجوزُ فيما يَحتمِلُ القِسمةَ وما لا يَحتمِلُها، بخلافِ الهبةِ حيثُ تَجوزُ فيما لا يَحتمِلُ القِسمَةَ؛ لأنَّ المانعَ في الهبةِ غَرامةُ القِسمَةِ، وهو فيما يُقسَم، أمَّا حكمُ الهبةِ المِلكُ، والمُشاعُ يَقبلُهُ، وها هنا الحُكمُ ثُبوتُ يدِ الاستيفاءِ،

---

(١) انظر مغني المحتاج (٢/ ١٦٨) ط دار الفكر، وروضة الطالبين (٣/ ٢٨٢) ط دار الكتب العلمية.

(٢) أي: ثبوتُ يدِ الاستيفاءِ.

(٣) لأنَّ حكمَ الرَّهنِ هو الحبسُ الدَّائمُ، وحبسُ المُشاعِ لا يُتصوَّرُ، فلا يصحُّ رهنُ المُشاعِ. بناية.

(٤) أراد أنَّ المُشاع عينٌ عند الشافعيِّ، فيجوزُ بيعُهُ، ما جازَ بيعُهُ جاز رهنُهُ.

(٥) أي: الرَّهن.

(٦) وهو قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٣].

(٧) أي: دوام اليد، أو دوام الحبس، والمعنى واحد.

(٨) أي: ولأنَّ الدَّوامَ يَفوتُ في المُشاع.

والمُشاعُ لا يَقبلُهُ وإنْ كان لا يَحتمِلُ القسمةَ.

ولا يَجوزُ[١] مِنْ شَريكِهِ؛ لأنَّه لا يَقبَلُ حُكمَهُ[٢] على الوَجهِ الأوَّلِ[٣]، وعلى الوجهِ الثَّاني[٤] يَسكُنُ يوماً بِحُكمِ المِلكِ ويوماً بِحُكمِ الرَّهنِ، فَيَصيرُ كأنَّه رَهَنَ يوماً ويوماً لا[٥].

والشُّيوعُ الطَّارئُ يَمنَعُ بقاءَ الرَّهنِ في روايةِ الأصلِ[٦]، وعن أبي يوسف: أنَّه لا يَمنَعُ؛ لأنَّ حُكمَ البقاءِ أسهَلُ من حُكمِ الابتداءِ، فأشبَهَ الهِبةَ[٧].

وجهُ الأوَّل: أنَّ الامتناعَ لِعَدَمِ المَحليَّةِ[٨] وما يَرجِعُ إليه، فالابتداءُ والبقاءُ سواءٌ كالمَحرَميَّةِ في بابِ النِّكاح[٩]، بخلافِ الهبةِ؛ لأنَّ المُشاعَ يَقبَلُ حُكمَها وهو المِلك، واعتبارُ القَبضِ في الابتداءِ لِنَفي الغَرامةِ[١٠] على ما بيَّنَّاه، ولا حاجةَ إلى اعتبارِهِ في حالةِ البقاءِ، ولهذا[١١] يصحُّ الرُّجوعُ في بعضِ الهبةِ، ولا يَجوزُ فَسخُ العقدِ في بعضِ الرَّهن[١٢].

---

(١) أي: الرَّهنُ.

(٢) وهو ثبوتُ يدِ الملك.

(٣) وهو: ثُبوتُ يدِ الاستيفاءِ.

(٤) وهو: أنَّ مُوجَبَ الرَّهنِ هو الحبسُ الدَّائمُ.

(٥) فلو صرَّحَ بذلك بأن قال: رهنتُكَ يوماً ويوماً لا، لا يجوزُ.

(٦) وصورتُها: أن يُوكِّلَ الرَّاهنُ العَدْلَ بِبَيعِ الرَّهنِ كيف رأى، مُجتَمِعاً ومُتفرِّقاً، فيبيعُ بعضَ العينِ، أو يَرْهَنُ قَلباً فيه عِشرونَ درهماً فِضَّةً بِعَشرةِ دراهمَ، فَيَنكسِرُ، فَيَضمَنُ المُرتَهِنُ نِصفَ القلبِ، وهي حِصَّةُ المَضمونِ، وتبقى حِصَّةُ الأمانةِ رهناً، فَيَقطَعُ حتَّى لا يكونَ مُشاعاً. اتقاني.

(٧) فإنَّ الشُّيوعَ الطَّارئَ لا يَمنَعُ بقاءها.

(٨) فالمُشاعُ ليس محلاً للرَّهن.

(٩) فإنَّه لا يُفرَّق فيه بين الابتداء والبقاء.

(١٠) أي: غرامة القسمة. بناية.

(١١) أي: لأنَّ حكمَ الهبةِ لا يُنافي المُشاعَ صحَّ الرُّجوعُ في بعضِ الهبةِ.

(١٢) لأنَّ حكمَ الرَّهنِ دوامُ القبضِ، والشُّيوعُ ينافي ذلك، فإذا كان كذلك لا يجوزُ فسخُهُ في البعض.

ولا رَهْنُ ثَمرةٍ على رُؤُوسِ النَّخيلِ دونَ النَّخيلِ، ولا زَرْعُ الأرضِ دونَ الأرضِ، ولا رَهْنُ النَّخيلِ في الأرضِ دُونَها، وكذا إذا رَهَنَ الأرضَ دُونَ النَّخيلِ، أو دُونَ الزَّرعِ، أو النَّخيلَ دونَ الثَّمرِ، ولو رَهَنَ النَّخيلَ بِمَواضِعِها جازَ ولو كان فيه ثَمرٌ يَدخُلُ في الرَّهن.

قال: **(ولا رَهْنُ ثَمرةٍ[1] على رُؤُوسِ النَّخيلِ دونَ النَّخيلِ، ولا زَرْعُ الأرضِ دونَ الأرضِ، ولا رَهْنُ النَّخيلِ في الأرضِ دُونَها)**؛ لأنَّ المَرهونَ مُتَّصِلٌ بما ليس بِمَرهونٍ خِلقةً، فكان في معنى الشَّائعِ.

(وكذا إذا رَهَنَ الأرضَ دُونَ النَّخيلِ، أو دُونَ الزَّرعِ، أو النَّخيلَ دونَ الثَّمرِ)؛ لأنَّ الاتِّصالَ يَقومُ بالطَّرفينِ، فصار الأصلُ أنَّ المَرهونَ إذا كان متَّصلاً بما ليس بِمَرهونٍ لم يَجُزْ؛ لأنَّه لا يُمكِنُ قَبضُ المَرهونِ وَحْدَهُ.

وعن أبي حنيفة: أنَّ رَهْنَ الأرضِ بدونِ الشَّجرِ جائزٌ؛ لأنَّ الشَّجرَ اسمٌ للنَّابِتِ، فيكونُ استثناءً للأشجارِ بِمَواضِعِها، بخلافِ ما إذا رَهَنَ الدَّارَ دونَ البناءِ؛ لأنَّ البناءَ اسمٌ لِلمَبنَى، فَيَصيرُ راهناً جميعَ الأرضِ، وهي مَشغولةٌ بِملكِ الرَّاهن.

(ولو رَهَنَ النَّخيلَ بِمَواضِعِها جازَ)؛ لأنَّ هذه[2] مُجاورةٌ، وهي لا تَمنَعُ الصِّحَّةَ، **(ولو كان فيه ثَمرٌ يَدخُلُ في الرَّهنِ)**؛ لأنَّه تابعٌ لاتِّصالِهِ به، فَيَدخلُ تَبَعاً تصحيحاً للعقدِ.

بخلاف البيعِ[3]؛ لأنَّ بيعَ النَّخيلِ بدونِ الثَّمرِ جائزٌ، ولا ضرورةَ إلى إدخالِهِ من غيرِ ذِكْرٍ.

وبخلافِ المَتاعِ في الدَّارِ، حيثُ لا يَدخُلُ في رَهنِ الدَّارِ من غيرِ ذِكْرِهِ؛ لأنَّه ليس بتابعٍ بوجهٍ ما.

(١) هذا عطفٌ على قولِهِ: «ولا يجوزُ رهنُ المُشاعِ».

(٢) أي: مواضعُها.

(٣) حيثُ لا يدخُلُ الثمارُ إلَّا بالذِّكر.

وَيَدخُلُ البِناءُ والغَرْسُ في رَهنِ الأرضِ والدَّارِ والقَريةِ. ولو رَهَنَ الدَّارَ بما فيها جازَ، ولو استُحِقَّ بَعضُهُ: إنْ كان الباقي يَجوزُ ابتداءُ الرَّهنِ عليه وَحْدَهُ، بَقِيَ رَهْناً بِحِصَّتِهِ، وإلَّا بَطَلَ كلُّهُ.

وكذا يَدخُلُ الزَّرعُ والرَّطبةُ في رَهنِ الأرضِ، ولا يَدخلُ في البيعِ؛ لِما ذكرنا في الثَّمرة[١].

(وَيَدخُلُ البِناءُ والغَرْسُ في رَهنِ الأرضِ والدَّارِ والقَريةِ)؛ لِما ذكرنا[٢].

(ولو رَهَنَ الدَّارَ بما فيها جازَ، ولو استُحِقَّ بَعضُهُ: إنْ كان الباقي يَجوزُ ابتداءُ الرَّهنِ عليه وَحْدَهُ، بَقِيَ رَهْناً بِحِصَّتِهِ، وإلَّا بَطَلَ كلُّهُ[٣])؛ لأنَّ الرَّهنَ جُعِلَ كأنَّه ما وَرَدَ إلَّا على الباقي.

ويَمنعُ التَّسليمَ كونُ الرَّاهنِ أو مَتاعُهُ في الدَّارِ المَرهونةِ، وكذا مَتاعُهُ في الوِعاءِ المَرهونِ.

ويَمنعُ تَسليمَ الدَّابَّةِ المَرهونةِ الحِمْلُ عليها، فلا يَتِمُّ حتَّى يُلقي الحِمْلَ؛ لأنَّه شاغِلٌ لها، بخلافِ ما إذا رَهَنَ الحِملَ دُونَها، حيثُ يكونُ رَهْناً تامَّاً إذا دَفَعَها إليه؛ لأنَّ الدَّابَّةَ مَشغولةٌ به[٤]، فصار كما إذا رَهَنَ مَتاعاً في دارٍ، أو في وعاءٍ دونَ الدَّارِ والوِعاءِ.

بخلاف ما إذا رَهَنَ سَرْجاً على دابَّةٍ، أو لِجاماً في رأسِها، ودَفَعَ الدَّابَّةَ مع السَّرجِ واللِّجامِ، حيثُ لا يكونُ رَهْناً حتَّى يَنزِعَهُ منها، ثمَّ يُسلِّمُه إليه؛ لأنَّه من تَوابعِ الدَّابَّةِ،

---

(١) إشارة إلى قوله: «لأنَّه تابعٌ لاتِّصالِهِ به، فَيَدخلُ تَبَعاً تصحيحاً للعقدِ».

(٢) إشارة إلى قوله: «لأنَّه تابع».

(٣) يعني: بعضَ الرَّهنِ، بأن رَهَنَ داراً أو أرضاً، فاستُحِقَّ بَعضُها، فإمَّا أن يكونَ الباقي غيرَ مُشاعٍ، بأن كان المُستَحَقُّ جُزءاً مُعيَّناً غيرَ مُشاعٍ، أو مُشاعاً، فإنْ كان الأوَّلَ صَحَّ الرَّهنُ؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّ الرَّهنَ من الابتداءِ كان ما بَقِي، وهو غيرُ مُشاعٍ، وكان جائزاً، وإن كان الثَّاني تبيَّنَ أنَّ الرَّهنَ من الأوَّلِ مُشاعٌ، وهو مانع. عناية.

(٤) أي: الدَّابَّةُ مشغولةٌ بالرَّهن، والرَّهنُ ليس مشغولاً بغيرِهِ، ولا تابعاً له، فيصحُّ.

ولا يَصِحُّ الرَّهنُ بالأماناتِ ومالِ الشَّركةِ، وكذلك لا يَصِحُّ بالأعيانِ المَضمُونةِ بغَيرِها، كالمَبيعِ في يَدِ البائعِ. والرَّهنُ بِالدَّرَكِ باطِلٌ، والكَفالةُ بِالدَّرَكِ جائزةٌ.

بِمَنزلةِ الثَّمرةِ لِلنَّخيلِ، حتَّى قالوا: يَدخلُ فيه من غَيرِ ذِكرٍ.

قال: (ولا يَصِحُّ الرَّهنُ بالأماناتِ)، كالوَدائعِ[1] والعَوارِي والمُضارَباتِ، (ومالِ الشَّركةِ)؛ لأنَّ القَبْضَ في بابِ الرَّهنِ قَبْضٌ مَضمونٌ[2]، فلا بدَّ من ضَمانٍ ثابتٍ لِيَقعَ القبضُ مَضموناً، ويَتحقَّقَ استيفاءُ الدَّينِ منه[3].

(وكذلك لا يَصِحُّ بالأعيانِ المَضمُونةِ بغَيرِها، كالمَبيعِ في يَدِ البائعِ[4])؛ لأنَّ الضَّمانَ ليس بواجبٍ، فإنَّه إذا هَلَكَ العينُ لم يَضْمَنِ البائعُ شيئاً، لكنَّه يَسقُطُ الثَّمنُ، وهو حقُّ البائعِ، فلا يَصحُّ الرَّهنُ.

فأمَّا الأعيانُ المَضمونةُ بِعَينِها، وهو أن يكونَ مَضموناً بالمِثْلِ أو بالقيمةِ عندَ هلاكِهِ، مِثلُ المَغصوبِ وبَدَلِ الخُلعِ والمَهرِ وبَدَلِ الصُّلحِ عن دمِ العَمدِ، فيصحُّ الرَّهنُ بها؛ لأنَّ الضَّمان مُتقرِّرٌ، فإنَّه إن كان قائماً وَجَبَ تسليمُهُ، وإن كان هالكاً تجبُ قِيمَتُهُ، فكان رهناً بما هو مَضمونٌ، فَيَصحُّ.

قال: (والرَّهنُ بِالدَّرَكِ باطِلٌ[5]، والكَفالةُ بِالدَّرَكِ جائزةٌ). والفرقُ:

---

(١) والفرقُ بين الوديعةِ والأمانةِ، أنَّ في الوديعةِ إثباتَ اليدِ قصداً، بخلافِ الأمانةِ فإنَّ إثباتَ اليدِ فيها ضمناً، كما إذا هبَّت ريحٌ فألقت ثوباً في حِجْرِ إنسانٍ، فإنَّه أمانة.

(٢) أي: قبضٌ يصيرُ به المقبوضُ مضموناً على القابضِ بِقَدْرِ الدَّينِ، فلا بدَّ من ضمانٍ على الرَّاهنِ حتَّى يصيرَ المرهونُ مضموناً على المُرتَهِنِ بِقَدْرِ الضَّمانِ، وليس في الأماناتِ ضمانٌ. لكنوي

(٣) أي: من المرهون.

(٤) فإنَّه مضمونٌ بغيرِهِ وهو الثَّمنُ.

(٥) تقدَّم أنَّ الدَّرَكَ: هو رُجوعُ المُشتري بالثَّمنِ على البائعِ عندَ استحقاقِ المَبيعِ.
وصورةُ الرَّهنِ بذلك: أنَّ يَبيعَ شيئاً ويُسلِّمَهُ إلى المشتري، فَيَخافُ المشتري أن يَستحِقَّهُ أحدٌ، فيأخُذُ من البائعِ رَهناً بالثَّمنِ لو استَحَقَّه أحدٌ، وهو باطلٌ، حتَّى لا يَملِكُ المُرتَهِنُ حَبْسَ الرَّهنِ إن قَبَضَهُ قبلَ الوجوبِ، استُحِقَّ المبيعُ أو لا. عناية.

وَيَصِحُّ الرَّهنُ بِرأسِ مالِ السَّلَمِ، وبِثَمَنِ الصَّرفِ، والمُسلَمِ فيه. ....

- أنَّ الرَّهنَ للاستيفاءِ، ولا استيفاءَ قبلَ الوجوبِ، وإضافةُ التَّمليكِ إلى زمانٍ في المُستقبَلِ لا تجوزُ[١].

- أمَّا الكفالةُ فَلالتِزام المُطالَبَةِ[٢]، والتزامُ الأفعالِ يَصحُّ مُضافاً إلى المَآلِ[٣]، كما في الصَّومِ والصَّلاةِ[٤]، ولهذا[٥] تَصحُّ الكفالةُ بما ذابَ له على فُلانٍ[٦]، ولا يَصحُّ الرَّهنُ، فلو قَبَضَه قبلَ الوجوبِ[٧]، فَهَلَكَ عندَهُ، يَهلِكُ أمانةً؛ لأنَّه لا عقدَ حيثُ وَقَعَ باطلاً.

بخلافِ الرَّهنِ بالدَّينِ المَوعودِ، وهو أن يقولَ: «رَهَنْتُكَ هذا لِتُقرِضَنِي ألفَ درهم» وهَلَكَ في يدِ المُرتَهِنِ، حيثُ يَهلِكُ بما سمَّى من المالِ بِمُقابَلَتِهِ؛ لأنَّ المَوعودَ[٨] جُعِلَ كالمَوجودِ باعتبارِ الحاجةِ، ولأنَّه[٩] مَقبوضٌ بجهةِ الرَّهنِ الذي يَصحُّ على اعتبارِ وُجودِهِ[١٠]، فَيُعطى له حُكمُهُ، كالمَقبوضِ على سَومِ الشِّراءِ، فَيَضمَنُهُ.

قال: **(وَيَصِحُّ الرَّهنُ بِرأسِ مالِ السَّلَمِ، وبِثَمَنِ الصَّرفِ، والمُسلَمِ فيه)**، وقال

---

(١) بيانه: أنَّ الرَّهنَ فيه معنى التَّمليكِ؛ لأنَّ الارتهانَ استيفاءٌ، والرَّهنَ إيفاءٌ، فكان فيه معنى المبادلةِ، والتَّمليكُ لا يصحُّ تعليقهُ الأخطار. بناية.

(٢) يعني: عقد التزام. بناية.

(٣) أي: زمان المستقبل.

(٤) يعني: لو نَذَرَ بالصَّومِ والصَّلاةِ صَحَّ، وكذا لو نَذَرَ بالصَّدقةِ، فإنَّه يصحُّ إضافتها إلى زمان الاستقبال.

(٥) أي: لأجل كونِ الكفالةِ التزامَ المطالبةِ، ولأجلِ صحَّةِ التزامِ الأفعالِ مضافةً للمآل. بناية.

(٦) أي: بما وجب له.

(٧) أي: فلو قبض المشتري الرَّهنَ في الدَّرَكِ قبلَ حلولِ الدَّركِ.

(٨) يعني: الموعودُ من الدَّينِ جُعِلَ كالموجودِ في حالةِ العقدِ.

(٩) أي: العين المرهونة.

(١٠) أي: وُجودِ الدَّينِ، ولِلمَقبوضِ بجهةِ الشَّيءِ حُكمُ ذلك الشَّيءِ، كالمقبوض على سَومِ الشِّراءِ.

والرَّهنُ بِالمَبيعِ باطلٌ فإنْ هَلَكَ ذَهَبَ بِغَيرِ شيءٍ. وإنْ هَلَكَ الرَّهنُ بِثَمَنِ الصَّرْفِ ورَأسِ مالِ السَّلَمِ في مَجلِسِ العَقدِ، تَمَّ الصَّرْفُ والسَّلَمُ، وصار المُرتَهِنُ مُستوفياً لِدَينِهِ حُكماً، وإنِ افترَقا قبلَ هَلاكِ الرَّهنِ، بَطَلا، وإنْ هَلَكَ الرَّهنُ بالمُسلَمِ فيه، بَطَلَ السَّلَمُ بِهلاكِهِ، ....

زفر: لا يجوزُ؛ لأنَّ حُكمَهُ الاستيفاء، وهذا استبدالٌ لِعَدَمِ المُجانسةِ[1]، وباب الاستبدالِ فيها مَسدُودٌ.

ولنا: أنَّ المُجانسَةَ ثابتةٌ في الماليَّةِ، فيَتحقَّقُ الاستيفاءُ من حيثُ المالُ، وهو المضمونُ على ما مَرَّ[2].

قال: (والرَّهنُ بِالمَبيعِ باطلٌ) لِما بيَّنَّا أنَّه غيرُ مَضمونٍ بنفسِهِ، (فإنْ هَلَكَ[3] ذَهَبَ بِغَيرِ شيءٍ)؛ لأنَّه لا اعتبارَ لِلباطلِ، فبقي قبضاً بإذنِهِ.

(وإنْ هَلَكَ الرَّهنُ[4] بِثَمَنِ الصَّرْفِ ورَأسِ مالِ السَّلَمِ في مَجلِسِ العَقدِ، تَمَّ الصَّرْفُ والسَّلَمُ، وصار المُرتَهِنُ مُستوفياً لِدَينِهِ حُكماً)؛ لِتَحقُّقِ القَبضِ حُكماً.

(وإنِ افترَقا [5]قبلَ هَلاكِ الرَّهنِ، بَطَلا) لِفَواتِ القَبضِ حقيقةً وحُكماً[6].

(وإنْ هَلَكَ الرَّهنُ[7] بالمُسلَمِ فيه، بَطَلَ السَّلَمُ بِهلاكِهِ)، ومعناه: أنَّه يصيرُ مُستوفياً لِلمُسلَمِ فيه، فلم يَبْقَ السَّلَم.

---

(١) أي: أخذُ الرَّهنِ عن هذه الأشياءِ ليس باستيفاءٍ، لِعَدَمِ المُجانسةِ، فكان استبدالاً. عناية.

(٢) إشارة إلى ما ذكر في أوائل كتاب الرَّهنِ: والاستيفاءُ يقعُ بالماليَّةِ، أمَّا العينُ فأمانة. بناية.

(٣) أي: الرَّهنُ في يد المشتري. بناية.

(٤) أي: في يدِ المرتَهِنِ.

(٥) أي: العاقدانِ في الصَّرف والسَّلَم.

(٦) أمَّا حُكماً فلأنَّ المُرتَهِنَ إنَّما يَصيرُ قابضاً بالهلاك، فلا يثبتُ القبضُ قبلَهُ، والهلاكُ حصل بعد التَّفرُّق.

(٧) أي: في يدِ ربِّ السَّلمِ. لكنوي

ولو تَفاسَخا السَّلَمَ وبِالمُسلَمِ فيه رَهْنٌ، يكونُ ذلك رَهناً بِرَأسِ المالِ، حتَّى يَحبِسُهُ. ولو هَلَكَ الرَّهنُ بعدَ التَّفاسُخِ يَهلِكُ بالطَّعامِ المُسلَمِ فيه. ولا يَجوزُ رَهنُ الحُرِّ والمُدَبَّرِ والمُكاتَبِ وأمِّ الوَلَدِ.

(ولو تَفاسَخا السَّلَمَ وبِالمُسلَمِ فيه رَهْنٌ، يكونُ ذلك رَهناً بِرَأسِ المالِ، حتَّى يَحبِسُهُ)؛ لأنَّه بدَلُه[١]، فصار كالمَغصوبِ إذا هَلَكَ وبه رَهْنٌ[٢]، يكونُ رهناً بقيمتِهِ.

(ولو هَلَكَ الرَّهنُ[٣] بعدَ التَّفاسُخِ يَهلِكُ بالطَّعامِ المُسلَمِ فيه[٤])؛ لأنَّه رَهَنَه به[٥]، وإن كان مَحبوساً بغيرِهِ[٦]، كمَنْ باع عبداً وسَلَّمَ المَبيعَ وأخَذَ بالثَّمنِ رَهناً، ثمَّ تَقايلا البيعَ، له أن يَحبِسَهُ لأخذِ المَبيعِ؛ لأنَّ الثَّمنَ بدَلُهُ، ولو هَلَكَ المرهونُ يَهلِكُ بالثَّمنِ لِما بيَّنَّا[٧].

وكذا لو اشترى عبداً شِراءً فاسداً، وأدَّى ثَمَنَه[٨]، له أن يَحبِسَهُ لِيَستوفيَ الثَّمنَ، ثمَّ لو هَلَكَ المُشتَرَى في يدِ المُشتري، يَهلِكُ بقيمتِهِ، فكذا هذا.

قال: (ولا يَجوزُ رَهنُ الحُرِّ والمُدَبَّرِ والمُكاتَبِ وأمِّ الوَلَدِ)؛ لأنَّ حُكمَ الرَّهنِ ثُبوتُ يدِ الاستيفاءِ، ولا يَتحقَّقُ الاستيفاءُ من هؤلاءِ؛ لعَدَمِ الماليَّةِ في الحُرِّ، وقيامِ المانِعِ في الباقين[٩].

---

(١) أي: لأنَّ رأسَ المالِ بدَلُ المُسلَمِ فيه، وبدَلُ الشَّيءِ يقومُ مَقامَهُ.

(٢) أراد كالرَّهن بالمَغصوبِ، إذا هَلَكَ فإنَّه رهنٌ بقيمتِهِ.

(٣) أي: في يدِ ربِّ السَّلم.

(٤) فلم يَبقَ لربِّ السَّلمِ مُطالبةُ المُسلَمِ إليه بالطَّعام.

(٥) أي: لأنَّ المسلَمَ إليهِ رهنه بالطَّعامِ.

(٦) أي: وإن كان الرَّهنُ محبوساً بغيرِ المُسلَمِ فيه، وهو رأسُ المالِ.

(٧) يريد به قولَهُ: «لأنَّ الثَّمنَ بدَلُهُ». عناية.

(٨) يعني: أدَّى ثمَنَهُ، ثمَّ أراد فَسْخَه. عناية.

(٩) يعني: حقَّ الحرِّيَّةِ، ولهذا لو طرأتْ هذه التَّصرُّفاتُ أبطَلَتْه، فإذا كانت مقارنةً مَنَعته. عناية.

ولا يَجوزُ الرَّهنُ بالكفالةِ بالنَّفسِ، وكذا بالقِصاصِ في النَّفسِ وما دُونَها. ولا يَجوزُ الرَّهنُ بالشُّفعةِ ولا بالعَبدِ الجاني، والعبدِ المأذونِ المَديونِ، ولا بِأُجرةِ النَّائحةِ والمُغنِّيةِ، حتَّى لو ضاعَ لم يكنْ مَضمُوناً. ولا يَجوزُ لِلمُسلِمِ أنْ يَرهَنَ خَمْراً، أو يَرتَهِنَهُ من مُسلِمٍ أو ذِمِّيٍّ. ....

(ولا يَجوزُ الرَّهنُ بالكفالةِ بالنَّفسِ، وكذا بالقِصاصِ في النَّفسِ وما دُونَها)؛ لِتَعذُّرِ الاستيفاء، بخلافِ ما إذا كانتِ الجِنايةُ خطأً[١]؛ لأنَّ استيفاءَ الأرشِ من الرَّهنِ مُمكِنٌ.

(ولا يَجوزُ الرَّهنُ بالشُّفعةِ[٢])؛ لأنَّ المَبيعَ غيرُ مَضمونٍ على المشتري.

(ولا بالعَبدِ الجاني[٣]، والعبدِ المأذونِ المَديونِ)؛ لأنَّه غيرُ مَضمونٍ على المولى، فإنَّه لو هَلَكَ لا يَجبُ عليه شيءٌ.

(ولا بِأُجرةِ النَّائحةِ والمُغنِّيةِ، حتَّى لو ضاعَ لم يكنْ مَضمُوناً)؛ لأنَّه لا يُقابِلُه شيءٌ مضمونٌ[٤].

(ولا يَجوزُ لِلمُسلِمِ أنْ يَرهَنَ خَمْراً، أو يَرتَهِنَهُ من مُسلِمٍ أو ذِمِّيٍّ)؛ لِتَعذُّرِ الإيفاءِ والاستيفاءِ في حقِّ المُسلم.

ثمَّ الرَّاهنُ إذا كان ذِمِّيّاً[٥]، فالخمرُ مَضمونٌ عليه لِلذِّمِّيِّ كما إذا غَصَبَه، وإنْ كان المُرتَهِن ذِمِّيّاً لم يَضمَنْها لِلمُسلمِ، كما لا يَضْمَنُها بالغَصبِ منه. بخلاف ما إذا جرى ذلك فيما بينهم[٦]؛ لأنَّها مالٌ في حقِّهم.

---

(١) فالرهنُ بالدِّيةِ والأرش صحيحٌ.

(٢) صورته: أن يطلبَ الشَّفيعُ الشُّفعةَ، ويقضي القاضي بذلك، فيقولُ للمشتري: أعطني رَهناً بالدَّارِ المَشفوعة. بناية.

(٣) لأنَّه إذا مات بَطَلَ حقُّ المجنيِّ عليه، ولا يلزمُ المولى من ذلك شيءٌ. بناية.

(٤) لهذا لو تخاصما قبل الرَّهن، فإنَّ القاضي لا يأمرُ المستأجرَ بتسليمِ الأجر. بناية.

(٥) أي: والمُرتَهِنُ مسلماً.

(٦) أي: فيما إذا جرى عقدُ الرهنِ فيما بين أهلِ الذِّمَّةِ.

ولو اشترى عبداً ورَهَنَ بِثَمَنِهِ عبداً، أو خَلاً، أو شاةً مَذبوحَةً، ثمَّ ظَهَرَ العبدُ حُرّاً، أو الخَلُّ خمراً، أو الشَّاةُ مَيتَةً، فالرَّهنُ مَضمونٌ. وكذا إذا قَتَلَ عبداً ورَهَنَ بِقِيمَتِهِ رَهْناً، ثمَّ ظَهَرَ أنَّه حُرٌّ. وكذا إذا صالَحَ على إنكارٍ ورَهَنَ بِما صالَحَ عليه رَهْناً، ثمَّ تَصادَقا أنْ لا دَينٌ، فالرَّهنُ مَضمونٌ. ويَجوزُ للأبِ أنْ يَرهَنَ بِدَينٍ عليه عبداً لابنِهِ الصَّغيرِ، ولو هَلَكَ يَهلِكُ مَضموناً، والوَدِيعةُ تَهلِكُ أمانةً، والوَصيُّ بِمَنزلةِ الأبِ.

أمَّا الميتةُ فليست بمالٍ عندهم، فلا يجوزُ رَهْنُها وارتهانُها فيما بينهم، كما لا يجوزُ فيما بينَ المسلمينَ بحالٍ.

(ولو اشترى عبداً ورَهَنَ بِثَمَنِهِ عبداً، أو خَلّاً، أو شاةً مَذبوحَةً، ثمَّ ظَهَرَ العبدُ حُرّاً، أو الخَلُّ خمراً، أو الشَّاةُ مَيتَةً، فالرَّهنُ مَضمونٌ)؛ لأنَّه رَهَنَهُ بِدَينٍ واجبٍ ظاهراً[1].

(وكذا إذا قَتَلَ عبداً ورَهَنَ بِقِيمَتِهِ رَهْناً، ثمَّ ظَهَرَ أنَّه حُرٌّ)، وهذا كلُّه على ظاهرِ الرِّوايةِ.

(وكذا إذا صالَحَ على إنكارٍ ورَهَنَ بِما صالَحَ عليه رَهْناً، ثمَّ تَصادَقا أنْ لا دَينٌ، فالرَّهنُ مَضمونٌ)، وعن أبي يوسف خِلافُهُ[2]، وكذا قياسُهُ فيما تقَدَّم من جنسِهِ.

قال: (ويَجوزُ للأبِ أنْ يَرهَنَ بِدَينٍ عليه عبداً لابنِهِ الصَّغيرِ[3])؛ لأنَّه يَملِكُ الإيداعَ، وهذا أنظَرُ في حقِّ الصَّبيِّ منه؛ لأنَّ قيامَ المُرتَهِنِ بحفظِهِ أبلَغُ خِيفَةَ الغَرامةِ، (ولو هَلَكَ يَهلِكُ مَضموناً، والوَدِيعةُ تَهلِكُ أمانةً، والوَصيُّ بِمَنزلةِ الأبِ) في هذا البابِ لِما بيَّنَّا[4].

---

(١) لذا لو اختصما قبلَ ظهورِ العبدِ حرّاً، وظهورِ الخلِّ خمراً، وظهورِ المذبوحةِ ميتةً، فالقاضي يقضي بالثَّمنِ.

(٢) يعني: ليس عليه أن يَردَّ شيئاً؛ لأنَّهما لمَّا تَصادَقا أن لا دَينٌ، فقد تَصادَقا على عَدَمِ الضَّمانِ، وتَصادُقُهما حُجَّةٌ في حقِّهما، والاستيفاءُ بدونِ الدَّينِ لا يُتصوَّر. عناية.

(٣) قيَّد بالصَّغير؛ لأنَّه لا يجوزُ رهنُ عبدِ ولدِهِ الكبير إلا بإذنِهِ.

(٤) إشارةٌ إلى قوله: «وهذا أنظرُ في حقِّ الصَّبيِّ».

وإذا جازَ الرَّهنُ يَصيرُ المُرتَهِنُ مُستوفياً دَيْنَهُ لو هَلَكَ في يَدِهِ، ويَصيرُ الأَبُ مُوفِياً له ويَضمَنُهُ لِلصَّبيِّ.

وعن أبي يوسف وزفر أنَّه لا يَجوزُ ذلك منهما[1]، وهو القياسُ اعتباراً بحقيقةِ الإيفاءِ[2].

ووجهُ الفَرقِ[3] على الظَّاهرِ، وهو الاستحسان، أنَّ في حقيقةِ الإيفاءِ إزالةَ مِلكِ الصَّغيرِ من غيرِ عِوَضٍ يُقابِلُهُ في الحال، وفي هذا[4] نَصبُ حافظٍ لمالِهِ ناجزاً مع بقاءِ مِلكِهِ، فَوَضُحَ الفرقُ.

(وإذا جازَ الرَّهنُ يَصيرُ المُرتَهِنُ مُستوفياً دَيْنَهُ لو هَلَكَ في يَدِهِ، ويَصيرُ الأَبُ) أو الوصيُّ (مُوفِياً له ويَضمَنُهُ لِلصَّبيِّ)؛ لأنَّه قضى دَيْنَهُ بمالِهِ.

وكذا لو سَلَّطا المُرتَهِنَ على بَيعِهِ؛ لأنَّه توكيلٌ بالبيعِ، وهما يَملِكانِهِ.

قالوا: أصلُ هذه المسألةِ البيعُ، فإنَّ الأبَ أو الوصيَّ إذا باعَ مالَ الصَّبيِّ من غريمِ نفسِهِ جازَ، وتَقَعُ المُقاصَّةُ[5]، ويَضمَنُهُ للصَّبيِّ عندهما، وعند أبي يوسف: لا تقعُ المُقاصَّةُ[6].

وكذا وكيلُ البائعِ بالبيعِ[7]، والرَّهنُ نظيرُ البيعِ نَظَراً إلى عاقبَتِهِ من حيثُ وُجوبُ الضَّمان.

---

(١) أي: الأب والوصي.
(٢) أي: قياساً على ما إذا أوفيا دينهما من مالِ الصَّغير، فإنَّه لا يجوزُ، فكذا رهنهما.
(٣) أي: الفرق بين الرَّهن وبين حقيقةِ الإيفاءِ.
(٤) أي: في الرَّهن.
(٥) أي: بين الدَّينِ والثَّمن.
(٦) بل يبقى دينُ الغريمِ على الأب والوصيِّ كما كان، ويكونُ الثَّمنُ للصَّغيرِ على المشتري. عناية.
(٧) يعني: إذا باعَ الوكيلُ ممَّن له عليه دينٌ، تقعُ المقاصَّةُ عندهما، خلافاً لأبي يوسف.

وإذا رَهَنَ الأبُ مَتاعَ الصَّغيرِ من نَفسِهِ، أو مِنْ ابنٍ له صغيرٍ، أو عَبدٍ له تاجِرٍ لا دَيْنَ عليه، جازَ. ولوِ ارتَهَنَهُ الوَصيُّ من نَفسِهِ، أو من هَذَينِ، أو رَهنَ عيناً له من اليتيمِ بِحَقٍّ لِليتيمِ عليه، لم يَجُزْ.

(وإذا رَهَنَ الأبُ مَتاعَ الصَّغيرِ من نَفسِهِ[١]، أو مِنْ ابنٍ له صغيرٍ، أو عَبدٍ له تاجِرٍ لا دَيْنَ عليه، جازَ)؛ لأنَّ الأبَ لِوُفورِ شَفَقَتِهِ أُنزِل منزلةَ شَخصينِ، وأُقيمَتْ عبارتُهُ مُقامَ عبارتين في هذا العقدِ، كما في بيعِهِ مالَ الصَّغيرِ من نفسِهِ، فتولَّى طَرَفي العقدِ.

(ولوِ ارتَهَنَهُ الوَصيُّ من نَفسِهِ[٢]، أو من هَذَينِ[٣]، أو رَهنَ عيناً له من اليتيم بِحَقٍّ لِليتيم عليه، لم يَجُزْ)؛ لأنَّه وكيلٌ مَحْضٌ، والواحدُ لا يَتولَّى طَرَفي العقدِ في الرَّهنِ، كما لا يَتولَّاهما في البيعِ، وهو[٤] قاصرُ الشَّفقةِ، فلا يُعدَلُ عن الحقيقةِ في حقِّهِ إلحاقاً له بالأبِ.

والرَّهنُ من ابنِهِ الصَّغيرِ وعبدِهِ التَّاجرِ الذي ليس عليه دينٌ، بمنزلةِ الرَّهنِ من نفسِهِ، بخلافِ ابنِهِ الكبيرِ وأبيه وعبدِهِ الذي عليه دَينٌ؛ لأنَّه لا وِلايةَ له عليهم، بخلافِ الوكيلِ بالبيعِ إذا باعَ من هؤلاءِ[٥]؛ لأنَّه متَّهمٌ فيه، ولا تُهمةَ في الرَّهنِ؛ لأنَّ له حكماً واحداً[٦].

---

(١) يريدُ بيانَ جوازِ أن يكونَ الأبُ راهناً ومُرتَهِناً بالنِّسبةِ إلى مالٍ واحدٍ، وهو أن يكونَ له دَيْنٌ على ابنِهِ الصَّغيرِ، فيأخُذُ شيئاً رهناً من مَتاعِهِ، فيكونُ راهناً من جهةِ ابنِهِ ومُرتَهِناً لذاتِهِ. عناية.

(٢) أي: لو ارتهَنَ الوصيُّ متاعَ الصَّغيرِ بدينٍ للوصيِّ على الصَّغيرِ. بناية.

(٣) أي: لو ارتهن الوصيُّ متاعَ الصَّغيرِ بدينِ ابنِهِ الصَّغيرِ على الصغيرِ اليتيم، أو ارتهنه بدينِ عبدِ الوصيِّ التَّاجرِ الذي لا دينَ عليه. بناية بتصرف

(٤) أي: الوصيُّ.

(٥) حيثُ لا يجوزُ.

(٦) وهو أنَّه مضمونٌ بالأقلِّ من قيمتِهِ ومن الدَّينِ، سواءٌ رهنَهُ عند هؤلاء أو عند الأجنبيِّ، كذا في المبسوط. بناية.

وإنِ استدانَ الوَصيُّ لِليَتيمِ في كِسوَتِهِ وطَعامِهِ، فَرَهَنَ به مَتاعاً لِليَتيم، جازَ، وكذلك لو اتَّجَرَ لِليَتيمِ فارتَهَنَ أو رَهَنَ. وإذا رَهَنَ الأبُ مَتاعَ الصَّغيرِ فَأدرَكَ الابنُ وماتَ الأبُ، ليس للابنِ أنْ يَرُدَّهُ حتَّى يَقضِيَ الدَّينَ. ولو كانَ الأبُ رَهَنَهُ لِنَفسِهِ فَقَضاهُ الابنُ، رَجَعَ بِهِ في مالِ الأبِ، وكذا إذا هَلَكَ قبلَ أن يَفتَكَّهُ ولو رَهَنَهُ بِدَينٍ على نَفسِهِ، وبدينٍ على الصَّغيرِ جازَ، فإنْ هَلَكَ ضَمِنَ الأبُ حِصَّتَهُ من ذلك لِلوَلدِ.

(وإنِ استدانَ الوَصيُّ لِليَتيمِ في كِسوَتِهِ وطَعامِهِ، فَرَهَنَ به مَتاعاً لِليَتيمِ، جازَ)؛ لأنَّ الاستدانةَ جائزةٌ للحاجةِ، والرَّهنُ يقعُ إيفاءً للحقِّ، فيجوزُ.

(وكذلك لو اتَّجَرَ لِليَتيم فارتَهَنَ، أو رَهَنَ)؛ لأنَّ الأولى له التِّجارةُ تَثميراً لمالِ اليتيمِ، فلا يَجِدُ بُدّاً من الارتهانِ والرَّهنِ؛ لأنَّه إيفاءٌ واستيفاءٌ.

(وإذا رَهَنَ الأبُ مَتاعَ الصَّغيرِ فَأدرَكَ الابنُ وماتَ الأبُ، ليس للابنِ أنْ يَرُدَّهُ حتَّى يَقضِيَ الدَّينَ)؛ لِوُقوعِهِ لازِماً من جانبِهِ؛ إذ تَصرُّفُ الأبِ بمنزلةِ تصرُّفِهِ بنفسِهِ بعدَ البلوغِ لقيامِهِ مَقامِهِ.

(ولو كانَ الأبُ رَهَنَهُ لِنَفسِهِ فَقَضاهُ الابنُ، رَجَعَ بِهِ في مالِ الأبِ)؛ لأنَّه مضطرٌّ فيه لحاجتِهِ إلى إحياءِ مِلكِهِ، فأشبَهَ مُعِيرَ الرَّهنِ، (وكذا[١] إذا هَلَكَ قبلَ أن يَفتَكَّهُ)؛ لأنَّ الأبَ يصيرُ قاضياً دَينَهُ بمالِهِ، فله أن يرجعَ عليه.

(ولو رَهَنَهُ بِدَينٍ على نَفسِهِ، وبدينٍ على الصَّغيرِ جازَ)؛ لاشتمالِهِ على أمرينِ جائزينِ[٢]، (فإنْ هَلَكَ ضَمِنَ الأبُ حِصَّتَهُ من ذلك لِلوَلدِ)؛ لإيفائِهِ دَينَهُ من مالِهِ[٣]

---

(١) أي: وكذا يرجع إذا هلك الرَّهنُ قبل فَكاكِهِ.

(٢) يريدُ به رَهْنَ الأبِ والوصيِّ مَتاعَ الصَّغيرِ بدينٍ على نفسِهِ، ورَهْنَهُما ذلك بِدَينٍ على الصَّغيرِ، وذلك لأنَّه لمَّا مَلَكَ أن يَرهَنَ بدينِ كلٍّ واحدٍ منهما على الانفرادِ مَلَكَ بِدَينِهِما؛ لأنَّ كلَّ ما جاز أن يَثبُتَ لكلِّ واحدٍ من أجزاءِ المُركَّبِ جازَ أن يَثبُتَ للكلِّ، دونَ العكس. عناية.

(٣) أي: من مالِ الولدِ.

ولو رَهَنَ الوَصيُّ مَتاعاً لِليَتيمِ في دَينٍ استدانَهُ عليه، وقَبَضَ المُرتَهِنُ، ثمَّ استعاره الوَصيُّ لحاجةِ اليَتيمِ، فَضاعَ في يدِ الوصيِّ، فإنَّه خَرَجَ من الرَّهنِ وهَلَكَ من مالِ اليتيمِ، والمالُ دَينٌ على الوَصيِّ ثُمَّ يَرجِعُ بذلك على الصَّبيِّ، ولو استعارَهُ لِحاجةِ نَفسِهِ ضَمِنَهُ لِلصَّبيِّ، ولو غَصَبَهُ الوَصيُّ بعدَ ما رَهَنَهُ، فاستَعمَلَهُ لِحاجةِ نَفسِهِ حتَّى هَلَكَ عندَهُ، فالوصيُّ ضامِنٌ لِقيمَتِهِ، ....

بهذا المِقدارِ[١]، وكذلك الوصيُّ، وكذلك الجَدُّ أبُ الأبِ إذا لم يكنِ الأبُ أو وَصيُّ الأبِ.

(ولو رَهَنَ الوَصيُّ مَتاعاً لِليَتيمِ في دَينٍ استدانَهُ عليه، وقَبَضَ المُرتَهِنُ، ثمَّ استعاره الوَصيُّ لحاجةِ اليَتيمِ، فَضاعَ في يدِ الوصيِّ، فإنَّه خَرَجَ من الرَّهنِ وهَلَكَ من مالِ اليتيمِ)؛ لأنَّ فِعلَ الوصيِّ كفعلِهِ بنفسِهِ بعد البلوغِ؛ لأنَّه استعارَهُ لحاجةِ الصَّبيِّ، والحُكمُ فيه هذا على ما نُبيِّنُه إن شاء الله تعالى.

(والمالُ[٢] دَينٌ على الوَصيِّ)، معناه: هو المُطالَبُ به **(ثُمَّ يَرجِعُ بذلك على الصَّبيِّ)**؛ لأنَّه غيرُ مُتعدٍّ في هذه الاستعارةِ؛ إذ هي لحاجةِ الصَّبيِّ.

(ولو استعارَهُ[٣] لِحاجةِ نَفسِهِ ضَمِنَهُ[٤] لِلصَّبيِّ)؛ لأنَّه مُتعدٍّ؛ إذ ليس له ولايةُ الاستعمالِ في حاجةِ نفسِهِ.

(ولو غَصَبَهُ الوَصيُّ بعدَ ما رَهَنَهُ، فاستَعمَلَهُ لِحاجةِ نَفسِهِ حتَّى هَلَكَ عندَهُ، فالوصيُّ ضامِنٌ لِقيمَتِهِ)؛ لأنَّه مُتعدٍّ في حقِّ المُرتَهِنِ بالغَصبِ والاستعمالِ، وفي حقِّ الصَّبيِّ بالاستعمالِ في حاجةِ نفسِهِ، فَيَقضي به الدَّينَ إن كان قد حَلَّ.

---

(١) أي: مقدارَ حصَّتِهِ.

(٢) أي: مالُ المرتَهِنِ.

(٣) أي: لو استعارَ الوصيُّ الرَّهنَ.

(٤) يعني: إذا هلَكَ في يدِهِ ضمنه.

فإنْ كان قِيمَتُهُ مِثلَ الدَّينِ أدَّاهُ إلى المُرتَهِنِ، ولا يَرجِعُ على اليتيمِ، وإنْ كانت قِيمَتُهُ أقلَّ أدَّى قَدْرَ القيمةِ إلى المُرتَهِنِ، وأدَّى الزِّيادةَ من مالِ اليتيمِ، وإنْ كانت قِيمَةُ الرَّهنِ أكثَرَ من الدَّينِ، أدَّى قَدْرَ الدَّينِ من القيمةِ إلى المُرتَهِنِ، والفَضلُ لِليَتيمِ، وإنْ كان لم يَحِلَّ الدَّينُ فالقيمةُ رَهْنٌ. ولو أنَّه غَصَبَهُ واستَعْمَلَهُ لِحاجةِ الصَّغيرِ حتَّى هَلَكَ في يدِهِ، يَضمَنُهُ لِحَقِّ المُرتَهِنِ، ولا يَضْمَنُهُ لِحَقِّ الصَّغيرِ. ....

(فإنْ كان قِيمَتُهُ مِثلَ الدَّينِ أدَّاهُ إلى المُرتَهِنِ ولا يَرجِعُ على اليتيمِ)؛ لأنَّه وجَبَ لليتيم عليه مِثلُ ما وَجَبَ له على اليتيم فالتقيا قِصاصاً.

(وإنْ كانت قِيمَتُهُ أقلَّ) من الدَّينِ (أدَّى قَدْرَ القيمةِ إلى المُرتَهِنِ، وأدَّى الزِّيادةَ من مالِ اليتيمِ)؛ لأنَّ المضمونَ عليه قَدْرُ القيمةِ لا غير.

(وإنْ كانت قِيمَةُ الرَّهنِ أكثَرَ من الدَّينِ، أدَّى قَدْرَ الدَّينِ من القيمةِ إلى المُرتَهِنِ، والفَضلُ لِليَتيمِ، وإنْ كان لم يَحِلَّ الدَّينُ فالقيمةُ رَهْنٌ)؛ لأنَّه ضامنٌ للمرتَهِنِ بِتَفويتِ حقِّهِ المُحتَرَمِ، فتكونُ رهناً عنده، ثمَّ إذا حَلَّ الأجلُ كان الجوابُ على التَّفصيلِ الذي فصَّلناه.

(ولو أنَّه غَصَبَهُ واستَعْمَلَهُ لِحاجةِ الصَّغيرِ حتَّى هَلَكَ في يدِهِ، يَضمَنُهُ لِحَقِّ المُرتَهِنِ، ولا يَضْمَنُهُ لِحَقِّ الصَّغيرِ)؛ لأنَّ استعمالَهُ لحاجةِ الصَّغيرِ ليس بِتَعدٍّ.

وكذا الأخذُ؛ لأنَّ له ولايةَ أخذِ مالِ اليتيم، ولهذا قال في كتاب الإقرار: إذا أقرَّ الأبُ أو الوصيُّ بِغَصبِ مالِ الصَّغيرِ لا يَلزَمُهُ شيءٌ؛ لأنَّه لا يُتصوَّرُ غَصبُهُ لِما أنَّ له ولايةَ الأخذِ، فإذا هَلَكَ في يدِهِ يَضمَنُهُ لِلمُرتَهِنِ يأخُذُهُ بدينِهِ[1] إنْ كان قد حَلَّ، ويَرجِعُ الوصيُّ على الصَّغيرِ؛ لأنَّه ليس بِمُتَعدٍّ بل هو عاملٌ له، وإن كان لم يَحِلَّ يكون رهناً عند المُرتَهِنِ، ثمَّ إذا حَلَّ الدَّينُ يأخذُ دينَهُ منه، ويَرجِعُ الوصيُّ على الصَّبيِّ بذلك لِما ذكرنا[2].

---

(١) أي: يأخذُ المُرتَهِنُ ما ضَمِنَه الوُصيُّ بِمقابَلةِ دَينِه.

(٢) إشارة إلى قوله: «لأنَّه ليس بمُتعدٍّ بل هو عامل له».

ويَجوزُ رَهْنُ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ والمَكيلِ والمَوزُونِ، فإنْ رُهِنَتْ بِجِنْسِها فَهَلَكَتْ هَلَكَتْ بِمِثلِها مِنَ الدَّينِ وإنِ اختَلَفا في الجَودَةِ. وفي الجامع الصَّغير: فإنْ رَهَنَ إبريقَ فِضَّةٍ وَزْنُهُ عَشَرةٌ بِعَشَرةٍ، فضاعَ فهو بما فيه، فإنْ كان قِيمَتُهُ أقلَّ من الدَّينِ، فهو على الخلافِ.

قال: (ويَجوزُ رَهْنُ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ والمَكيلِ والمَوزُونِ)؛ لأنَّه يَتحقَّقُ الاستيفاءُ منه، فكان مَحلاً للرَّهنِ.

(فإنْ رُهِنَتْ بِجِنْسِها فَهَلَكَتْ هَلَكَتْ بِمِثلِها مِنَ الدَّينِ وإنِ اختَلَفا في الجَودَةِ)؛ لأنَّه لا مُعتَبَرَ بالجَودةِ عند المُقابلةِ بِجِنسِها، وهذا عند أبي حنيفة؛ لأنَّ عنده يصيرُ مُستوفياً باعتبارِ الوزنِ دونَ القيمةِ. وعندهما: يَضمَنُ القيمةَ من خلافِ جنسِهِ، ويكونُ رَهناً مكانَهُ.

(وفي الجامع الصَّغير: فإنْ رَهَنَ إبريقَ فِضَّةٍ وَزْنُهُ عَشَرةٌ بِعَشَرةٍ، فضاعَ فهو بما فيه[1]) قال ﷺ: معناه: أن تكونَ قيمَتُهُ مِثلَ وَزنِهِ أو أكثَرَ، هذا الجوابُ في الوجهين[2] بالاتِّفاق؛ لأنَّ الاستيفاءَ عنده باعتبارِ الوزنِ، وعندهما باعتبارِ القيمةِ، وهي مِثلُ الدَّينِ في الأوَّلِ، وزيادةٌ عليه في الثَّاني، فَيَصيرُ بِقَدْرِ الدَّينِ مُستوفياً.

(فإنْ كان قِيمَتُهُ أقلَّ من الدَّينِ، فهو على الخلافِ) المذكورِ[3].

لهما: أنَّه لا وجهَ إلى الاستيفاءِ بالوزنِ لِما فيه من الضَّررِ بالمُرتَهِنِ، ولا إلى اعتبارِ القيمةِ؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى الرِّبا، فَصِرْنا إلى التَّضمينِ بخلافِ الجنسِ لِيَنتقِضَ القبضُ ويُجعَلَ مكانَهُ، ثمَّ يَتملَّكه[4].

---

(١) يعني: فذلك الرَّهنُ يُباعُ بِمُقابَلَةِ الدَّينِ كلِّه. عناية.

(٢) يريدُ به ما يكونُ قِيمَتُهُ مِثلَ وَزنِهِ أو أكثَرَ، على ما ذكره في الكتاب. عناية.

(٣) يعني: عند أبي حنيفة رحمه الله يَهلِكُ بالدَّينِ، وعندهما: يَضمَنُ القيمةَ من خلافِ جنسِهِ. بناية.

(٤) يعني: الرَّاهنُ يَتملَّكُ الرَّهنَ الذي جُعِلَ مكانَ الرَّهنِ الأوَّل. عناية.

وله: أنَّ الجَودةَ ساقِطةُ العِبرةِ في الأموالِ الرِّبويَّةِ عندَ المُقابلةِ بجنسها، واستيفاءُ الجيِّدِ بالرَّديءِ جائزٌ، كما إذا تَجوَّزَ به[1]، وقد حصَلَ الاستيفاءُ بالإجماعِ، ولهذا يَحتاجُ إلى نَقضِهِ، ولا يُمكِنُ نَقضُهُ بإيجابِ الضَّمانِ؛ لأنَّه لا بُدَّ له مِن مُطالِبٍ ومُطالَبٍ، وكذا الإنسانُ لا يَضمَنُ مِلكَ نفسِهِ، وبتَعذُّرِ التَّضمينِ يَتعذَّرُ النَّقضُ.

وقيل: هذه فُريعَةُ ما إذا استوفى الزُّيوفَ مكانَ الجيادِ، فهَلَكت، ثمَّ عَلِمَ بالزِّيافةِ، يُمنَعُ الاستيفاءُ، وهو معروف. غيرَ أنَّ البناءَ[2] لا يصحُّ على ما هو المشهور؛ لأنَّ محمداً فيها مع أبي حنيفةَ، وفي هذا مع أبي يوسف.

والفرقُ لمحمَّد: أنَّه[3] قَبَض الزُّيوفَ لِيَستوفيَ مِنْ عَينِها، والزِّيافةُ لا تَمنَعُ الاستيفاءَ، وقد تَمَّ[4] بالهلاكِ، ولِلمُرتَهِنِ قَبْضُ الرَّهنِ لِيَستوفيَ من محلٍّ آخَرَ، فلا بدَّ من نَقضِ القَبضِ، وقد أمكَنَ[5] عنده بالتَّضمينِ.

ولو انكسَرَ الإبريقُ، ففي الوجهِ الأوَّل - وهو ما إذا كانت قيمتُهُ مِثلَ وَزنِهِ -: - عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يُجبَرُ[6] على الفكاك؛ لأنَّه لا وَجهَ إلى أن يَذهَبَ

---

(١) قال في النِّهاية: هكذا وَقَعَ في النُّسخ، ولكن الأصحُّ أن يقال: واستيفاءُ الرَّديءِ بالجيِّدِ جائزٌ، وإنَّما قلنا: إنَّ هذا أصحُّ لوجهين:
أحدهما: أنَّ الاستدلالَ بِقَولِهِ: «كما إذا تَجوَّز به» أي: في بدلِ الصَّرفِ والسَّلَمِ، يُؤذِنُ أنَّ الأصحَّ أن يقال: واستيفاءُ الرَّديءِ بالجيد؛ لأنَّ التَّجوُّزَ إنَّما يُستعمَلُ فيما إذا أخذ الرَّديءَ مكانَ الجيدِ، ولأنَّ جوازَ استيفاءِ الجيِّدِ بالرَّديءِ لا شُبهةَ لأحدٍ فيه، فلا يحتاجُ إلى الاستدلالِ بشيءٍ آخر.
والثاني: الاستدلالُ بِوَضعِ المسألةِ، فإنَّ وَضْعَ المسألةِ فيما إذا استوفى المُرتَهِنُ بِعَشَرتِهِ قيمةَ إبريقٍ هي أقلُّ من العَشرةِ لِرَداءتِهِ، فكان المُرتَهِنُ مُستوفياً الرَّديءَ بِمُقابلةِ جيِّدِهِ.
وأرى أنَّ ما في النُّسخِ حقٌّ ويُفيد ما يَرُومُهُ صاحبُ النِّهايةِ رحمه الله فليتأمَّلْ. اهـ عناية.
(٢) أي: بناءُ هذه المسألةِ على مسألةِ قبضِ الدَّينِ زيفاً مكان الجياد لا يصحُّ. بناية.
(٣) أي: ربُّ الدَّينِ
(٤) أي: الاستيفاء.
(٥) أي: أمكن نقضُ القبضِ عند الإمامِ محمد بتضمين المرتهنِ.
(٦) أي: لا يُجبرُ الرَّاهنُ على فكاكِ الرَّهن.

شيءٌ من الدَّينِ؛ لأنَّه[١] يصيرُ قاضياً دينَهُ بالجَودَةِ على الانفراد[٢]، ولا إلى أن يَفتكَّهُ مع النُّقصان؛ لِما فيه من الضَّررِ[٣]، فخيَّرناه: إنْ شاء افتكَّه بما فيه، وإنْ شاء ضَمَّنه قيمَتَهُ من جنسِهِ أو خلافِ جنسِهِ، وتكونُ رهناً عند المُرتهنِ، والمكسورُ لِلمُرتهنِ بالضَّمانِ.

- وعند محمد: إن شاءَ افتكَّهُ ناقصاً، وإنْ شاءَ جعَلَهُ بالدَّينِ اعتباراً لِحالةِ الانكسارِ بحالةِ الهَلاكِ، وهذا؛ لأنَّه لمَّا تعذَّرَ الفَكاكُ مَجَّاناً صار بمنزلةِ الهَلاكِ، وفي الهلاكِ الحقيقيِّ مَضمونٌ بالدَّينِ بالإجماع، فكذا فيما هو في معناه.

قلنا: الاستيفاءُ عند الهلاكِ بالماليَّة[٤]، وطريقُهُ أن يكون مضموناً بالقيمةِ، ثمَّ تقع المُقاصَّةُ[٥]، وفي جَعلِهِ بالدَّينِ[٦] إغلاقُ الرَّهنِ[٧]، وهو حكمٌ جاهليٌّ، فكان التَّضمينُ بالقيمةِ أولى[٨].

وفي الوجهِ الثَّالث - وهو ما إذا كانت قيمتُهُ أقلَّ من وَزنِهِ، ثمانيةً[٩]، يَضمَنُ قيمَتَهُ جيِّداً من خلافِ جنسِهِ، أو رَديئاً من جنسِهِ، وتكونُ رهناً عنده[١٠]، وهذا

---

(١) أي: المرتهنُ. بناية.

(٢) فإنَّه لم يَنقُصْ من الدَّينِ إلَّا في مُقابَلَةِ ما فاتَ من جَودةِ الإبريقِ بالكسرِ، وذلك رِباً. عناية.

(٣) أي: لِما فيه من الإضرار بالرَّاهنِ؛ لأنَّ المُرتَهِنَ قَبَضَ الرَّهنَ سليماً عن العيبِ، وبالانكسار صار مَعيباً، فَيَصلُ إليه حقُّهُ ناقصاً إذْ لم يَسقُطْ شيءٌ من دَينِهِ، وذلك ضررٌ به لا محالة. عناية.

(٤) أي: الاستيفاءُ عندَ هلاكِ الرَّهنِ استيفاءٌ بالماليَّة، وكلُّ ما هو استيفاءٌ عندَ الهلاكِ بالماليَّةِ فطريقُهُ أن يكونَ مضموناً بالقيمةِ؛ لفواتِ عينِهِ. عناية.

(٥) أي: ثمَّ تقع المُقاصَّةُ بين الدَّينين، وهو مشروع.

(٦) أي: وفي جعلِ الرَّهن مضموناً بالدَّين حال قيامِهِ.

(٧) وهو الاحتباسُ الكلِّيُّ، بأن يصيرَ الرَّهنُ مَملُوكاً لِلمُرتَهن. عناية.

(٨) وفي عبارته تَسامُحٌ، والحقُّ: فكان التَّضمينُ بالقيمةِ واجباً، أو صواباً، أو الصَّحيحَ، أو ما شاكَلَ ذلك. عناية.

(٩) أي: بأن يكونَ الوزنُ عشرةً كالدَّينِ، وقيمتُهُ ثمانية. بناية.

(١٠) إلى أن يَحِلَّ الأجلُ، ويكونُ المكسورُ له. عناية.

وَمَنْ باعَ عبداً على أنْ يَرْهَنَهُ المشتري شيئاً بِعَينِهِ، جازَ استحساناً، ....

بالاتِّفاقِ. أمَّا عندهما فظاهرٌ[1]، وكذلك عند محمد؛ لأنَّه يَعتبرُ حالةَ الانكسارِ بحالةِ الهلاكِ، والهلاكُ عنده بالقيمةِ.

وفي الوجه الثَّاني - وهو ما إذا كانت قيمتُهُ أكثَرَ من وَزنِهِ اثني عشر -:

- عند أبي حنيفة: يَضمَنُ جَميعَ قيمتِهِ وتكونُ رَهناً عنده؛ لأنَّ العِبرةَ للوزنِ عنده لا لِلجَودةِ والرَّداءةِ، فإن كان باعتبارِ الوزنِ كلُهُ مضموناً، يُجعَلُ كلُّهُ مَضموناً، وإن كان بعضُهُ فبعضُهُ، وهذا لأنَّ الجَودةَ تابعةٌ للذَّاتِ، ومتى صار الأصلُ مضموناً استحالَ أن يكونَ التَّابعُ أمانةً.

- وعند أبي يوسف: يَضمَنُ خَمسةَ أسداسِ قيمتِهِ، ويكونُ خمسةُ أسداسِ الإبريقِ له بالضَّمانِ، وسدُسُهُ يُفرزُ حتَّى لا يبقى الرَّهنُ شائعاً، ويكونُ مع قيمتِهِ خَمسةُ أسداسِ المكسورِ رهناً؛ فعنده تُعتَبَرُ الجَودةُ والرَّداءةُ، وتُجعَلُ زيادةُ القيمةِ كزيادةِ الوَزنِ كأنَّ وزنَهُ اثنا عشر، وهذا لأنَّ الجَودةَ مُتقوِّمةٌ في ذاتها، حتَّى تُعتبَرُ عندَ المقابَلَةِ بخلافِ جنسِها، وفي تَصرُّفِ المريضِ وإن كانت لا تُعتَبَرُ عندَ المُقابلةِ بجنسِها سَمْعاً، فأمكن اعتبارُها.

وفي بيانِ قولِ محمَّدٍ نوعُ طُولٍ يُعرَفُ في مَوضعِهِ من المبسوط والزِّياداتِ مع جميع شُعَبِها.

قال: (وَمَنْ باعَ عبداً على أنْ يَرْهَنَهُ المشتري شيئاً بِعَينِهِ، جازَ استحساناً)، والقياسُ أن لا يجوز، وعلى هذا القياسِ والاستحسانِ إذا باعَ شيئاً على أنْ يُعطيَهُ كفيلاً مُعيَّناً حاضراً في المَجلِسِ فَقَبِلَ[2].

وجهُ القياس أنَّه صفقةٌ في صفقةٍ، وهو مَنهيٌّ عنه، ولأنَّه شَرْطٌ لا يَقتضيهِ العقدُ،

(١) كما إذا كانت قيمتُهُ مثلَ وَزنِهِ في حالةِ الانكسارِ، على ما مَرَّ. عناية.

(٢) أي: قَبِلَ الكفيلُ الكفالةَ.

ولو امتَنَعَ المُشتري عَنْ تَسليمِ الرَّهنِ، لم يُجبرْ عليه، ولكنِ البائعُ بالخيارِ: إنْ شاءَ رَضِيَ بِتَركِ الرَّهنِ، وإنْ شاءَ فَسَخَ البيعَ، إلَّا أن يَدفَعَ المشتري الثَّمَنَ حالاً، أو يَدفَعَ قِيمَةَ الرَّهنِ رَهْناً. ومَنِ اشترى ثوباً بِدراهمَ فقال لِلبائعِ: «أمسِكْ هذا الثَّوبَ حتَّى أُعطيَكَ الثَّمَنَ» فالثَّوبُ رَهْنٌ.

وفيه مَنفعَةٌ لأحدِهما، ومِثلُهُ[1] يُفسِدُ البيعَ.

وجهُ الاستحسان: أنَّه شَرطٌ مُلائمٌ للعقدِ؛ لأنَّ الكفالةَ والرَّهنَ لِلاستيثاق، وأنَّه يُلائمُ الوجوبَ، فإذا كان الكفيلُ حاضراً في المجلسِ والرَّهنُ مُعيَّناً، اعتبرنا فيه المعنى، وهو مُلائمٌ، فصَحَّ العقدُ.

وإذا لم يكن الرَّهنُ ولا الكفيلُ معيَّناً، أو كان الكفيلُ غائباً حتَّى افترقا، لم يَبْقَ معنى الكفالةِ والرَّهنِ للجهالةِ، فبقي الاعتبارُ لِعَينِه فيَفسُدُ، ولو كان غائباً فحَضَرَ في المَجلسِ وقَبِلَ صَحَّ.

(ولو امتنَعَ المُشتري عَنْ تَسليمِ الرَّهنِ، لم يُجبَرْ عليه)، وقال زفر: يُجبَرُ؛ لأنَّ الرَّهنَ إذا شُرِطَ في البيعِ صار حقَّاً من حُقوقِهِ، كالوكالةِ المَشروطةِ في الرَّهنِ، فَيَلزمُهُ بِلُزومِهِ.

ونحن نقول: الرَّهنُ عقدُ تبرُّعٍ من جانبِ الرَّاهنِ على ما بيَّنَّاه، ولا جَبْرَ على التَّبرُّعات.

(ولكنِ البائعُ بالخيارِ: إنْ شاءَ رَضِيَ بِتَركِ الرَّهنِ، وإنْ شاءَ فَسَخَ البيعَ)؛ لأنَّه وَصفٌ مرغوبٌ فيه، وما رضي إلَّا به، فَيَتخيَّرُ بفواتِهِ (إلَّا أن يَدفَعَ المشتري الثَّمنَ حالاً)؛ لِحُصولِ المَقصودِ، (أو يَدفَعَ قِيمَةَ الرَّهنِ رَهْناً)؛ لأنَّ يدَ الاستيفاءِ تَثبُتُ على المعنى، وهو القيمة.

قال: (ومَنِ اشترى ثوباً بِدراهمَ فقال لِلبائعِ: «أمسِكْ هذا الثَّوبَ حتَّى أُعطيَكَ الثَّمَنَ» فالثَّوبُ رَهْنٌ)؛ لأنَّه أتى بِما يُنبِئُ عن معنى الرَّهنِ، وهو الحَبسُ إلى وقتِ

---

(١) أي: ومثلُ هذا الشَّرطِ.

فصل

وَمَنْ رَهَنَ عَبدَينِ بألفٍ، فَقَضَى حِصَّةَ أحَدِهما، لم يكنْ له أنْ يَقبِضَهُ حتَّى يُؤدِّيَ باقي الدَّينِ. ....

الإعطاءِ، والعِبرةُ في العُقودِ للمعاني، حتَّى كانت الكفالةُ بِشَرطِ بَراءةِ الأصيلِ حوالةً، والحوالةُ في ضِدِّ ذلك كفالةٌ.

وقال زفر: لا يكونُ رهناً، ومِثلُهُ عن أبي يوسف؛ لأنَّ قوله: «أمسِكْ» يَحتمِلُ الرَّهنَ ويَحتمِلُ الإيداعَ، والثَّاني أقلُّهما، فَيَقضي بِثُبوتِهِ، بخلافِ ما إذا قال: «أمسِكْهُ بِدَينِكِ، أو بمالك»؛ لأنَّه لمَّا قابَلَه بالدَّين فقد عيَّنَ جهةَ الرَّهنِ.

قلنا: لمَّا مَدَّهُ إلى الإعطاءِ[١]، عُلِمَ أنَّ مُرادَهُ الرَّهن[٢].

(فصل)

(وَمَنْ رَهَنَ عَبدَينِ بألفٍ، فَقَضَى حِصَّةَ أحَدِهما، لم يكنْ له أنْ يَقبِضَهُ حتَّى يُؤدِّيَ باقي الدَّينِ).

وحصَّةُ كلِّ واحدٍ منهما ما يَخصُّهُ إذا قَسَمَ الدَّينَ على قِيمَتِهما، وهذا لأنَّ الرَّهنَ مَحبوسٌ بكلِّ الدَّينِ، فيكونُ مَحبوساً بكلِّ جزءٍ من أجزائِهِ مُبالغَةً في حَملِهِ على قَضاءِ الدَّينِ، وصارَ كالمَبيعِ في يدِ البائعِ.

فإنْ سمَّى لكلِّ واحدٍ من أعيانِ الرَّهنِ شيئاً من المالِ الذي رَهَنَه به[٣]، فكذا الجوابُ في روايةِ الأصلِ. وفي الزِّياداتِ: له أن يَقبِضَهُ إذا أدَّى ما سَمَّى له.

وجه الأول: أنَّ العقدَ مُتَّحدٌ، لا يَتفرَّقُ بِتفرُّقِ التَّسميةِ، كما في المَبيعِ.

---

(١) أي: لمَّا مدَّ الإمساكَ إلى وقتِ الإعطاءِ.

(٢) لأنَّ التَّكلُّمَ بحكمِ الرَّهنِ كالتَّكلُّمِ بصفتِهِ، كرجلٍ قال: «ملَّكتُكَ عبدي هذا بألف» فإنَّه يكون بيعاً؛ لأنَّ العِبرةَ في العقودِ للمعاني.

(٣) كما لو رَهَنَ عبدين بألفٍ، كلُّ عبدٍ بخمسمائةٍ، ثمَّ قضاهُ خَمسَمائةٍ.

فإنْ رَهَنَ عَيناً واحدةً عند رَجلَين بِدَينٍ لكلِّ واحدٍ منهما عليه، جاز، وجَمِيعُها رَهْنٌ عند كلِّ واحدٍ منهما، فإن تَهاياَ فَكُلُّ واحدٍ منهما في نَوبَتِهِ كالعَدْلِ في حَقِّ الآخَرِ، قال: والمَضمُونُ على كلِّ واحدٍ منهما حِصَّتُهُ من الدَّينِ، فإن أعطى أحَدَهما دَيْنَهُ كان كُلُّهُ رَهناً في يدِ الآخَرِ. وإنْ رَهَنَ رَجلانِ بِدَينٍ عليهما لِرَجلٍ رَهْناً واحداً، فهو جائزٌ والرَّهنُ رَهنٌ بكلِّ الدَّينِ، ولِلمُرتَهِنِ أن يُمسِكَهُ حتَّى يَستوفِيَ جميعَ الدَّينِ، ......

وجهُ الثاني: أنَّه لا حاجةَ إلى الاتِّحاد؛ لأنَّ أحدَ العَقْدَينِ لا يَصيرُ مَشروطاً في الآخَرِ؛ ألا يُرَى أنَّه لو قَبِلَ الرَّهنَ في أحدهما جاز.

قال: (فإنْ رَهَنَ عَيناً واحدةً عند رَجلَين بِدَينٍ لكلِّ واحدٍ منهما عليه، جاز، وجَمِيعُها رَهْنٌ عندَ كلِّ واحدٍ منهما)؛ لأنَّ الرَّهنَ أضيفَ إلى جميعِ العَينِ في صَفقةٍ واحدةٍ ولا شُيوع فيه، ومُوجَبُهُ صَيرورتُهُ مُحتَبَساً بالدَّينِ، وهذا مِمَّا لا يَقبَلُ الوَصفَ بالتَّجزِّي، فصار مَحبوساً بكلِّ واحدٍ منها، وهذا بخلافِ الهبةِ من رجلين، حيث لا تجوزُ عند أبي حنيفة.

(فإن تَهاياَ[1] فَكُلُّ واحدٍ منهما في نَوبَتِهِ كالعَدْلِ في حَقِّ الآخَرِ)، قال: (والمَضمُونُ على كلِّ واحدٍ منهما حِصَّتُهُ من الدَّينِ)؛ لأنَّ عندَ الهلاكِ يصيرُ كلُّ واحدٍ منهما مُستوفياً حصَّتَهُ؛ إذِ الاستيفاءُ ممَّا يتجزَّأ.

قال: (فإن أعطى أحَدَهما دَيْنَهُ كان كُلُّهُ رَهناً في يدِ الآخَرِ)؛ لأنَّ جميعَ العينِ رَهنٌ في يدِ كلِّ واحدٍ منهما من غيرِ تَفرُّقٍ، وعلى هذا حَبْسُ المَبيعِ إذا أدَّى أحدُ المُشتَرِيَيْنِ حصَّتَهُ من الثَّمن.

قال: (وإنْ رَهَنَ رَجلانِ بِدَينٍ عليهما لِرَجلٍ رَهناً واحداً، فهو جائزٌ والرَّهنُ رَهنٌ بكلِّ الدَّينِ، ولِلمُرتَهِنِ أن يُمسِكَهُ حتَّى يَستوفِيَ جميعَ الدَّينِ)؛ لأنَّ قَبضَ الرَّهنِ يَحصُلُ في الكلِّ من غيرِ شُيوعٍ.

---

(١) بأن أمسَكَ أحدَهما يوماً، والآخرَ يوماً.

فإن أقامَ الرَّجلانِ، كلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ على رَجلٍ أنَّه رَهَنَهُ عبدَهُ الذي في يَدِهِ وقَبَضَهُ، فهو باطلٌ. ولو ماتَ الرَّاهنُ والعبدُ في أيدِيهِما، فأقامَ كلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ على ما وَصَفناهُ، كان في يدِ كلِّ واحدٍ منهما نِصفُهُ رَهْناً، يَبِيعُهُ بحقِّهِ استحساناً.

(فإن أقامَ الرَّجلانِ، كلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ على رَجلٍ أنَّه رَهَنَهُ عبدَهُ الذي في يَدِهِ وقَبَضَهُ، فهو باطلٌ)؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما أثبَتَ بِبيِّنَتِهِ أنَّه رهَنَهُ كلَّ العبدِ، ولا وجهَ إلى القضاءِ لكلِّ واحدٍ منهما بالكلِّ؛ لأنَّ العبدَ الواحدَ يَستحيلُ أن يكونَ كلُّهُ رَهناً لهذا وكلُّهُ رَهناً لذلكَ في حالةٍ واحدةٍ، ولا إلى القضاءِ بكلِّهِ لواحدٍ بِعَينِهِ لِعَدَمِ الأولويَّةِ، ولا إلى القضاءِ لكلِّ واحدٍ منهما بالنِّصفِ؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى الشُّيوعِ، فتَعذَّرَ العملُ بهما، وتعيَّنَ التَّهاتُرُ.

ولا يقال: إنَّه يكونُ رَهناً لهما، كأنَّهما ارتهناه معاً إذا جُهِلَ التَّاريخُ بينهما، وجَعَلَ في كتابِ الشَّهاداتِ هذا وَجْهَ الاستحسانِ، لأنَّا نقولُ: هذا عملٌ على خلافِ ما اقتَضَتْهُ الحُجَّةُ؛ لأنَّ كلاً منهما أثبَتَ بِبيِّنَتِهِ حَبساً يكونُ وَسيلَةً إلى مثلِهِ في الاستيفاء، وبهذا القضاءِ يَثبُتُ حَبسٌ يكونُ وسيلةً إلى شَطرِهِ في الاستيفاء، وليس هذا عملاً على وَفْقِ الحُجَّةِ.

وما ذكرناه وإن كان قياساً، لكنَّ محمَّداً أخذ به لقوَّتِهِ، وإذا وقع باطلاً، فلو هَلَكَ يَهلِكُ أمانةً؛ لأنَّ الباطلَ لا حُكمَ له.

قال: (ولو ماتَ الرَّاهنُ والعبدُ في أيدِيهِما، فأقامَ كلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ على ما وَصَفناهُ[1]، كان في يدِ كلِّ واحدٍ منهما نِصفُهُ رَهْناً، يَبِيعُهُ بحقِّهِ استحساناً)، وهو قولُ أبي حنيفة ومحمد، وفي القياس: هذا باطلٌ، وهو قولُ أبي يوسف؛ لأنَّ الحَبْسَ للاستيفاءِ حُكمٌ أصليٌّ لِعَقدِ الرَّهنِ، فيكونُ القضاءُ به قضاءً بِعَقدِ الرَّهنِ، وأنَّه باطلٌ لِلشُّيوعِ، كما في حالةِ الحياةِ.

---

(١) أي: على أنَّ كلاً منهما ارتَهَنَهُ.

وجهُ الاستحسان: أنَّ العقدَ لا يُرادُ لِذاتِهِ، وإنَّما يُرادُ لِحُكمِه، وحُكمُهُ في حالةِ الحياةِ الحَبسُ، والشُّيوعُ يضرُّهُ، وبعدَ المَماتِ الاستيفاءُ بالبيعِ في الدَّينِ، والشُّيوعُ لا يضرُّهُ، وصار كإذا ادَّعى الرَّجلانِ نكاحَ امرأةٍ، أو ادَّعَتْ أختانِ النِّكاحَ على رجلٍ، وأقاموا البيِّنةَ، تهاترت في حالةِ الحياةِ، ويُقضى بالميراث بينهم بعد المماتِ؛ لأنَّه يَقبَلُ الانقسامَ، والله أعلم.

باب الرهن الذي يوضع على يد العدل

وإذا اتَّفَقا على وَضْعِ الرَّهنِ على يَدِ العَدْلِ جاز، وليس لِلمُرتَهِنِ ولا لِلرَّاهِنِ أنْ يَأخُذَهُ منه، فلو هَلَكَ في يَدِهِ هَلَكَ في ضَمانِ المُرتَهِنِ. ....

(باب الرهن الذي يوضع على يد العدل)

قال: (وإذا اتَّفَقا[1] على وَضْعِ الرَّهنِ على يَدِ العَدْلِ جاز، وقال مالكٌ: لا يَجوزُ)، ذكَرَ قولَهُ في بعض النُّسخ[2]؛ لأنَّ يَدَ العَدلِ يدُ المالكِ[3]، ولهذا يَرجِعُ العَدْلُ عليه عندَ الاستحقاقِ[4]، فانعَدَمَ القبضُ.

ولنا: أنَّ يدَهُ على الصُّورةِ يدُ المالكِ في الحِفْظِ؛ إذِ العينُ أمانةٌ، وفي حقِّ الماليَّةِ يدُ المُرتَهِنِ؛ لأنَّ يدَهُ يدُ ضمانٍ، والمضمونُ هو الماليَّةُ، فَنُزِّلَ[5] منزلةَ الشَّخصينِ تحقيقاً لِما قَصداهُ من الرَّهنِ. وإنَّما يَرجِعُ العدلُ على المالكِ في الاستحقاقِ؛ لأنَّه نائبٌ عنه في حِفظِ العَينِ كالمُودَعِ.

قال: (وليس لِلمُرتَهِنِ ولا لِلرَّاهنِ أنْ يَأخُذَهُ منه)؛ لِتعلُّقِ حقِّ الرَّاهنِ في الحفظِ بيدِهِ وأمانتِهِ، وتَعلُّقِ حقِّ المُرتَهِنِ به استيفاءً، فلا يَملِكُ أحدُهما إبطالَ حقِّ الآخرِ، (فلو هَلَكَ في يَدِهِ هَلَكَ في ضَمانِ المُرتَهِنِ)؛ لأنَّ يدَهُ في حقِّ الماليَّةِ يدُ المُرتَهِنِ، وهي المضمونةُ.

---

(١) أي: الرَّاهن والمُرتَهن.

(٢) إشارة إلى أنَّ في بَعضِها ليس كذلك، فإنَّه ذكَرَ في المبسوطين وشرحِ الأقطعِ «ابنَ أبي ليلى» بدَلَ «مالك»، وكأنَّه شكَّ في هذه الرِّوايةِ عن مالكٍ، فإنَّ القبضَ ليس بشرطٍ عنده، كما مرَّ في أوَّلِ هذا الكتاب، فإن ثبَتَ ذلك عنده كان عنه روايتان. عناية.

(٣) أي: الرَّاهن.

(٤) يعني: إذا هلك الرَّهن في يدِ العدلِ ثمَّ استُحقَّ، وضمن العدلُ قيمَتَهُ، يرجعُ على الرَّاهنِ بما ضَمِنَ، ولو لم يكن يدُهُ يدَ المالكِ لما رجع. بناية.

(٥) أي: العدلُ.

ولو دَفَعَ العَدْلُ إلى الرَّاهنِ أو المُرتَهِنِ ضَمِنَ، وإذا ضَمِنَ العَدْلُ قِيمةَ الرَّهنِ بعدَما دَفَعَ إلى أحَدِهِما، وقدِ استَهلَكَهُ المَدفوعُ عليه، أو هَلَكَ في يدِهِ، لا يَقدِرُ أن يَجعَلَ القيمةَ رَهناً في يَدِهِ، وإنْ كان ضَمِنَها بالدَّفعِ إلى المُرتَهِنِ فالرَّاهنُ يَأخذُ القيمةَ منه.

(ولو دَفَعَ العَدْلُ إلى الرَّاهنِ أو المُرتَهنِ ضَمِنَ)؛ لأنَّه مُودَعُ الرَّاهنِ في حقِّ العينِ، ومُودَعُ المُرتهنِ في حقِّ الماليَّةِ، وأحدُهُما أجنبيٌّ عن الآخرِ، والمُودَعُ يَضمَنُ بالدَّفعِ إلى الأجنبيِّ.

(وإذا ضَمِنَ العَدْلُ قِيمةَ الرَّهنِ بعدَما دَفَعَ إلى أحَدِهِما، وقدِ استَهلَكَهُ المَدفوعُ عليه، أو هَلَكَ في يدِهِ، لا يَقدِرُ أن يَجعَلَ القيمةَ رَهناً في يَدِهِ)؛ لأنَّه يصيرُ قاضياً ومُقتَضِياً، وبينهما تَنافٍ[1]، لكن يَتَّفقانِ على أن يَأخُذاها[2] منه، ويَجعلاها رَهناً عنده أو عندَ غيرِهِ، ولو تَعذَّرَ اجتماعُهُما يَرفَعُ[3] أحَدُهما إلى القاضي لِيَفعَلَ كذلك[4].

ولو فعل ذلك[5] ثمَّ قضى الرَّاهنُ الدَّينَ وقد ضَمِنَ العَدلُ القيمةَ بالدَّفعِ إلى الرَّاهنِ، فالقيمةُ سالمةٌ له[6]؛ لِوُصولِ المَرهونِ إلى الرَّاهنِ، ووُصولِ الدَّينِ إلى المُرتَهِنِ، ولا يَجتمِعُ البدلُ والمُبدَلُ في مِلكٍ واحد.

(وإنْ كان ضَمِنَها بالدَّفعِ إلى المُرتَهِنِ فالرَّاهنُ يَأخذُ القيمةَ منه)؛ لأنَّ العينَ لو كانت قائمةً في يدِهِ يأخُذُها إذا أدَّى الدَّينَ، فكذلك يأخُذُ ما قام مَقامَها، ولا جَمْعَ فيه بينَ البَدلِ والمُبدَلِ.

---

(١) لكونِ الواحدِ مسلِّماً ومسلَّماً إليه.

(٢) أي: القيمةَ.

(٣) في العناية: قال في النهاية: أي: يرفعُ العدلُ أحَدَهما إلى القاضي، وفي بعض الشُّروح: يرفعُ الأمرَ إلى القاضي أحَدُهما، إمَّا الرَّاهنُ أو المُرتَهِنُ، وهو أظهر. اهـ

(٤) يعني: يأخذُ القيمةَ الواجبةَ على العدلِ بالضَّمانِ منه، ثمَّ يجعلُها رهناً عنده. بناية.

(٥) أي: لو جعَلَ القاضي قيمةَ الرَّهن في يدِ العدل.

(٦) أي: للعَدلِ.

وإذا وَكَّلَ الرَّاهنُ المُرتَهِنَ أو العَدْلَ أو غَيرَهُما بِبَيعِ الرَّهنِ عندَ حُلُولِ الدَّينِ، فالوكالةُ جائزةٌ، وإنْ شُرِطَتْ في عَقدِ الرَّهنِ فليس لِلرَّاهنِ أن يَعزِلَ الوَكيلَ، وإنْ عَزَلَهُ لم يَنعزِلْ، ولو وَكَّلَهُ بالبيعِ مُطلَقاً حتَّى مَلَكَ البيعَ بالنَّقدِ والنَّسيئةِ، ثمَّ نَهاه عن البيعِ نَسيئةً، لم يَعْمَلْ نَهيُهُ، وإنْ ماتَ الرَّاهنُ لم يَنعزِلْ، ....

قال: (وإذا وَكَّلَ الرَّاهنُ المُرتَهِنَ أو العَدْلَ أو غَيرَهُما بِبَيعِ الرَّهنِ عندَ حُلُولِ الدَّينِ، فالوكالةُ جائزةٌ)؛ لأنَّه توكيلٌ بِبَيعِ مالِه. (وإنْ شُرِطَتْ في عَقدِ الرَّهنِ فليس لِلرَّاهنِ أن يَعزِلَ الوَكيلَ[1]، وإنْ عَزَلَهُ لم يَنعزِلْ)؛ لأنَّها لمَّا شُرِطَت في ضِمنِ عَقدِ الرَّهنِ صار وَصْفاً من أوصافِهِ وحقّاً من حُقوقِهِ؛ ألا ترى أنَّه[2] لزيادةِ الوثيقةِ، فَيَلزمُ بِلُزُومِ أصلِهِ[3]، ولأنَّه[4] تَعلَّقَ به حقُّ المُرتَهِنِ، وفي العَزلِ إتواءُ حقِّهِ، وصار كالوكيل بالخُصومةِ بِطَلبِ المُدَّعي.

(ولو وَكَّلَهُ بالبيعِ مُطلَقاً[5] حتَّى مَلَكَ البيعَ بالنَّقدِ والنَّسيئةِ، ثمَّ نَهاه عن البيعِ نَسيئةً، لم يَعْمَلْ نَهيُهُ)؛ لأنَّه[6] لازمٌ بأصلِهِ[7]، فكذا بوَصفِهِ[8]؛ لِما ذكرنا[9]. وكذا إذا عَزَلَه المُرتَهِنُ لا يَنعزِلُ؛ لأنَّه لم يُوكِّلْه، وإنَّما وكَّلَه غيرُهُ.

(وإنْ ماتَ الرَّاهنُ لم يَنعزِلْ)؛ لأنَّ الرَّهنَ لا يَبطُلُ بموتِهِ، ولأنَّه لو بَطَلَ إنَّما يَبطُلُ لِحَقِّ الورثةِ، وحقُّ المُرتَهِنِ مقدَّمٌ.

---

(١) يعني: بدون رضا المُرتَهِن.

(٢) أي: عقدُ الوكالةِ. عناية.

(٣) أي: عقد الرَّهن.

(٤) أي: عقد الوكالة.

(٥) أي: ولو وكَّلَ الرَّاهنُ العدلَ ببيعِ الرَّهنِ مطلَقاً بغير قيدٍ بشيءٍ. بناية.

(٦) أي: عقدُ الوكالةِ.

(٧) وهو الرَّهنُ.

(٨) وهو الإطلاق.

(٩) أي: من أنَّه صار حقّاً من حقوقه. عناية.

ولِلوَكيلِ أنْ يَبيعَهُ بِغيرِ مَحضَرٍ مِنَ الوَرثةِ، كما يَبيعُهُ في حالِ حياتِهِ بِغَيرِ مَحضَرٍ منه، وإن ماتَ المُرتَهِنُ فَالوَكيلُ على وَكالتِهِ، وإنْ ماتَ الوكيلُ انتَقَضَتِ الوَكالةُ، ولا يَقُومُ وارِثُهُ ولا وَصِيُّهُ مَقامَهُ.

قال: (ولِلوَكيلِ أنْ يَبيعَهُ بِغَيرِ مَحضَرٍ مِنَ الوَرثةِ، كما يَبيعُهُ في حالِ حياتِهِ بِغَيرِ مَحضَرٍ منه).

(وإنْ ماتَ المُرتَهِنُ فَالوَكيلُ على وَكالتِهِ)؛ لأنَّ العقدَ[1] لا يَبطُلُ بِمَوتِهِما ولا بِمَوتِ أحدِهِما، فيبقى بِحُقوقِهِ[2] وأوصافِهِ[3].

(وإنْ ماتَ الوكيلُ انتَقَضَتِ الوَكالةُ[4]، ولا يَقُومُ وارِثُهُ ولا وَصِيُّهُ مَقامَهُ)؛ لأنَّ الوكالةَ لا يَجري فيها الإرثُ، ولأنَّ المُوكِّلَ رضي برأيِهِ[5]، لا برأيِ غيرِهِ.

وعن أبي يوسف: إنَّ وَصِيَّ الوكيلِ يَملِكُ بَيعَهُ[6]؛ لأنَّ الوَكالةَ لازمةٌ، فَيَملِكُهُ الوصيُّ، كالمُضارِبِ إذا ماتَ بعدَما صارَ رأسُ المالِ أعياناً، يَملِكُ وَصيُّ المُضارِبِ بَيْعَها؛ لِما أنَّه[7] لازِمٌ بعد ما صار[8] أعياناً.

قلنا: التَّوكيلُ حقٌّ لازِمٌ لكن عليه، والإرثُ يَجري فيما له[9]، بخلاف

---

(1) أي: عقدُ الرَّهنِ. عناية.

(2) التي هي الحَبسُ والاستيفاءُ والوكالةُ. عناية.

(3) التي هي اللُّزومُ، وجَبْرُ الوكيلِ، وحَقُّ بَيعِ وَلدِ الرَّهنِ، وحَقُّ صَرفِ الدَّراهِمِ بالدَّنانيرِ، كذا في النِّهاية. عناية.

(4) يعني: والرَّهنُ باقٍ كما كان؛ لأنَّ الرَّهنَ لو كان في يدِ المُرتَهِنِ فماتَ لم يَبطُلِ العقدُ به، فلأنْ لا يَبطُلَ بِمَوتِ العَدلِ أولى. عناية.

(5) أي: برأيِ الذي وكَّلَه.

(6) أي: بيعَ الرَّهنِ عندَ حلولِ الدَّينِ. بناية.

(7) أي: البيعُ. بناية.

(8) أي: رأسُ المال.

(9) أي: لا فيما عليه، ألا ترى أنَّ المَيِّتَ إذا كان عليه دَيْنٌ لا يَجِبُ على وَرثةِ المَيِّتِ قَضاؤه، وإن كان له دَينٌ على غَيرِهِ وَرِثُوه. عناية.

وليس لِلمُرتَهِنِ أنْ يَبِيعَهُ إلَّا بِرِضا الرَّاهِنِ، وليس لِلرَّاهِنِ أنْ يَبِيعَهُ إلَّا بِرِضا المُرتَهِنِ، فإنْ حَلَّ الأجلُ وأبى الوَكيلُ الذي في يدِهِ الرَّهنُ أن يَبِيعَهُ والرَّاهنُ غائبٌ، أُجبِرَ على بَيعِهِ، وكذلكَ الرَّجلُ يُوكِّلُ غيرَهُ بالخُصُومةِ وغابَ المُوكِّلُ، فأبى أنْ يُخاصِمَ، أُجبِرَ على الخُصومةِ.

المضاربة؛ لأنَّها حقُّ المُضارِبِ[1].

(وليس لِلمُرتَهِنِ أنْ يَبِيعَهُ إلَّا بِرِضا الرَّاهِنِ)؛ لأنَّه مِلكُهُ، وما رَضِي بِبَيعِهِ.

(وليس لِلرَّاهِنِ أنْ يَبِيعَهُ إلَّا بِرِضا المُرتَهِنِ)؛ لأنَّ المُرتَهِنَ أحقُّ بماليَّتِهِ من الرَّاهِنِ، فلا يَقدِرُ الرَّاهنُ على تَسليمِهِ بالبيع.

قال: (فإنْ حَلَّ الأجلُ وأبى الوَكيلُ الذي في يدِهِ الرَّهنُ أن يَبِيعَهُ والرَّاهنُ غائبٌ، أُجبِرَ على بَيعِهِ[2])؛ لِما ذكرنا من الوَجهينِ[3] في لِزُومِهِ[4].

(وكذلكَ الرَّجلُ يُوكِّلُ غيرَهُ بالخُصُومةِ وغابَ المُوكِّلُ، فأبى أنْ يُخاصِمَ، أُجبِرَ على الخُصومةِ) للوجهِ الثَّاني، وهو أنَّ فيه إتواءَ الحقِّ[5]، بخلافِ الوكيلِ بالبيعِ[6]؛ لأنَّ المُوكِّلَ يَبيعُ بنفسِهِ فلا يَتوى حقُّهُ، أمَّا المُدَّعي لا يَقدِرُ على الدَّعوى، والمُرتَهِنُ لا يَملِكُ بيعَهُ بنفسِهِ.

---

(١) وله ولايةُ التَّوكيلِ في حياتِهِ، فجازَ أن يقومَ وصيُّهُ بها بعدَ موتِهِ، كالأب في مالِ الصَّغير، والوكيلُ ليس له حقُّ التَّوكيلِ في حياتِهِ، فلا يقومُ غيرُهُ مقامَهُ بعدَ موتِهِ. بناية.

(٢) يعني: يُحبَسُ أيَّاماً حتَّى يَبيعَهُ، فإن لَجَّ بعدَما حَبَسَه أيَّاماً، ذكَرَ في الزِّياداتِ أنَّ القاضي يَبيعُ عليه، وهو على قولهما ظاهرٌ. وأمَّا على قول أبي حنيفة ﷺ فقد اختلف المشايخُ رحمهمُ اللهُ فيه، قال بعضهم: لا يبيعُ قياساً على مالِ المديونِ، وقال آخرونَ: يبيعُهُ لأنَّ جهةَ البيعِ تعيَّنت. عناية.

(٣) أحدُهما: أنَّه وصفٌ من أوصافه، والآخَرُ: أنَّ فيه إتواءَ حقِّه. بناية.

(٤) أي: لزوم عقدِ الوكالة.

(٥) أي: حقِّ المدَّعي.

(٦) حيثُ لا يُجبَر على البيعِ إذا امتنع.

وإذا باعَ العَدْلُ الرَّهنَ، فقد خَرَجَ من الرَّهنِ، والثَّمنُ قائمٌ مَقامَهُ، فكان رَهناً وإنْ لم يَقبِضْ بعدُ. ....

فلو لم يكنِ التَّوكيلُ مَشروطاً في عَقدِ الرَّهنِ، وإنَّما شُرِط بعدَهُ، قيل: لا يُجبَرُ اعتباراً بالوجهِ الأوَّلِ[١]، وقيل: يُجبَرُ رُجوعاً إلى الوجهِ الثَّاني، وهذا أصحُّ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ الجوابَ في الفَصلينِ[٢] واحدٌ[٣]، ويُؤيِّدُهُ إطلاقُ الجوابِ في الجامع الصَّغير[٤] وفي الأصل.

(وإذا باعَ العَدْلُ الرَّهنَ، فقد خَرَجَ من الرَّهنِ[٥]، والثَّمنُ قائمٌ مَقامَهُ، فكان رَهناً وإنْ لم يَقبِضْ بعدُ)؛ لقيامِهِ مَقامَ ما كان مَقبوضاً، وإذا تَوَى كان مالَ المُرتَهِنِ[٦] لبقاءِ عَقدِ الرَّهنِ في الثَّمنِ، لقيامِهِ مَقامَ المَبيعِ المَرهونِ.

وكذلك إذا قُتِلَ العبدُ الرَّهنُ وغَرِمَ القاتلُ قيمَتَهُ؛ لأنَّ المالكَ يَستحِقُّهُ من حيثُ الماليَّةُ[٧] وإن كانَ[٨] بدَلَ الدَّمِ، فأخَذَ حكمَ ضمانِ المالِ في حقِّ المُستحِقِّ[٩]، فبقي عَقدُ الرَّهنِ[١٠].

وكذلك لو قَتَلَه عبدٌ فَدُفِعَ به؛ لأنَّه قائمٌ مَقامَ الأوَّلِ لَحماً ودماً.

---

(١) وهو أنَّ المرتَهِنَ لا يتضرَّرُ بامتناعِهِ. بناية.

(٢) أي: فيما كان مَشروطاً في الرَّهنِ، وفيما لا يكونُ كذلك. عناية.

(٣) أي: يُجبر فيهما.

(٤) حيثُ قال فيه: «إذا أتى الوكيلُ يُجبَرُ» من غيرِ فَصلٍ بين أن يكونَ مشروطاً في العقدِ أو لم يكن، وكذلك ذكَرَ في الأصلِ مُطلَقاً. عناية.

(٥) لأنَّه صار مِلكاً للمشتري، ومِلكُهُ لا يكونُ رهناً. عناية.

(٦) بنصب «مال» على ما صَحَّحَ صاحبُ النِّهاية. وفي بعض النُّسخ «من مالِ المُرتَهِن». عناية.

(٧) أي: لأنَّ المالك - وهو المولى - يَستحِقُّ هذا الضَّمانَ من حيثُ الماليَّة.

(٨) أي: الضَّمانُ.

(٩) وهو المولى.

(١٠) أي: قامت القيمةُ رهناً مَقامَ العبدِ المقتولِ. بناية.

وإنْ باعَ العَدْلُ الرَّهنَ، فأوفَى المُرتَهِنُ الثَّمَنَ، ثمَّ استُحِقَّ الرَّهنُ، فَضَمِنَهُ العَدْلُ، كان بالخيارِ: إنْ شاءَ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ قِيمتَهُ، وإنْ شاءَ ضَمَّنَ المُرتَهِنَ الثَّمَنَ الذي أعطاه، وليس له أنْ يُضمِّنَهُ غيرَهُ.

قال: (وإنْ باعَ العَدْلُ الرَّهنَ، فأوفَى المُرتَهِنُ الثَّمَنَ، ثمَّ استُحِقَّ الرَّهنُ، فَضَمِنَهُ العَدْلُ، كان بالخيارِ: إنْ شاءَ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ قِيمتَهُ، وإنْ شاءَ ضَمَّنَ المُرتَهِنَ الثَّمَنَ الذي أعطاه، وليس له أنْ يُضمِّنَهُ غيرَهُ[1]).

وكَشْفُ هذا[2]: أنَّ المرهونَ المَبيعَ إذا استُحِقَّ، إمَّا أن يكونَ هالكاً أو قائماً:

- ففي الوجهِ الأوَّل: المُستَحِقُّ بالخيار: إن شاءَ ضَمَّنَ الرَّاهنَ قيمَتَهُ؛ لأنَّه غاصبٌ في حقِّهِ، وإنْ شاءَ ضَمَّنَ العَدْلَ؛ لأنَّه متعدٍّ في حقِّهِ بالبيع والتَّسليم.

فإن ضَمَّنَ الرَّاهنَ نفَذَ البيعُ وصحَّ الاقتضاءُ[3]؛ لأنَّه مَلَكَه بأداءِ الضَّمانِ، فتبيَّنَ أنَّه أمَرَهُ بِبَيعِ مِلكِ نفسِهِ. وإنْ ضَمَّنَ البائعَ يَنفُذُ البيعُ أيضاً؛ لأنَّه مَلَكَه بأداءِ الضَّمانِ، فتبيَّنَ أنَّه باعَ مِلكَ نفسِهِ.

وإذا ضَمَّنَ العَدْلَ، فالعَدلُ بالخيار: إن شاءَ رَجَعَ على الرَّاهنِ بالقيمةِ؛ لأنَّه وكيلٌ من جهتِهِ، عاملٌ له، فيرجِعُ عليه بما لَحِقَهُ من العُهدةِ، ونَفَذَ البيعُ وصحَّ الاقتضاءُ، فلا يرجعُ المُرتَهِنُ عليه[4] بشيءٍ من دَينِهِ. وإنْ شاءَ رَجَعَ على المُرتَهِنِ بالثَّمنِ؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّه أخَذَ الثَّمنَ بغيرِ حقٍّ؛ لأنَّه مَلَكَ العبدَ بأداءِ الضَّمانِ ونَفَذَ بيعُهُ عليه، فصار الثَّمنُ له، وإنَّما أدَّاهُ إليه على حسبانِ أنَّه مِلكُ الرَّاهنِ، فإذا تبيَّنَ أنَّه مِلكُهُ لم يكنْ راضياً به، فله أن يَرجِعَ به عليه، وإذا رَجَعَ بطَلَ الاقتضاءُ، فيرجعُ المُرتَهِنُ على الرَّاهنِ بدينِهِ.

(١) أي: ليس للعَدلِ أن يُضمِّنَ المُرتَهِنَ غيرَ الثَّمنِ الذي أعطاه. عناية.

(٢) أي: إيضاحُ هذا الحكم.

(٣) أي: صحَّ قَبْضُ المُرتَهِنَ الثَّمنَ بِمُقابَلَةِ دينِهِ. عناية.

(٤) أي: على الرَّاهن.

- وفي الوجه الثَّاني: وهو أن يكونَ قائماً في يدِ المشتري، فَلِلمُستحِقِّ أن يأخُذَهُ من يدِهِ؛ لأنَّه وَجَدَ عينَ مالِهِ، ثمَّ للمُشتري أن يَرجِعَ على العَدْلِ بالثَّمنِ؛ لأنَّه العاقدُ، فتَتَعلَّقُ به حقوقُ العَقدِ، وهذا[1] من حقوقِهِ حيثُ وَجَبَ بالبيعِ، وإنَّما أدَّاهُ[2] لِيَسلَمَ له المَبيعُ، ولم يَسلَمْ[3].

ثمَّ العَدْلُ بالخيار:

- إن شاء رَجَعَ على الرَّاهنِ بالقيمةِ؛ لأنَّه هو الذي أدخَلَهُ في هذه العُهدةِ، فيجبُ عليه تَخليصُهُ، وإذا رَجَعَ عليه صحَّ قبضُ المُرتَهِنِ؛ لأنَّ المَقبوضَ سَلِمَ له.

- وإنْ شاء رَجَعَ على المُرتَهِنِ[4]؛ لأنَّه إذا انتَقَضَ العقدُ بطَلَ الثَّمنُ، وقد قبَضَهُ ثَمَناً، فيجبُ نَقْضُ قَبضِهِ ضرورةً، وإذا رجَعَ عليه وانتَقَضَ قبضُهُ عادَ حقُّهُ في الدَّينِ كما كان، فيرجعُ به[5] على الرَّاهن.

ولو أنَّ المشتري سَلَّمَ الثَّمنَ إلى المُرتَهِنِ، لم يَرجِعْ على العَدْلِ؛ لأنَّه في البيعِ عاملٌ للرَّاهنِ، وإنَّما يرجعُ عليه إذا قَبَضَ، ولم يَقبِضْ، فبقي الضَّمانُ على المُوكِّل[6].

وإن كانَ التَّوكيلُ بعدَ عَقدِ الرَّهنِ غيرَ مَشروطٍ في العقدِ، فما لَحِقَ العدلَ من العُهدةِ يَرجِعُ به على الرَّاهنِ، قَبَضَ الثَّمنَ المُرتَهِنُ أم لا؛ لأنَّه لم يَتعلَّقْ بهذا التَّوكيلِ حَقُّ المُرتَهِنِ، فلا رُجوعَ، كما في الوكالةِ المُفرَدَةِ عن الرَّهنِ، إذا باعَ الوكيلُ ودَفَعَ الثَّمَنَ إلى مَنْ أمَرَهُ المُوكِّلُ، ثمَّ لَحِقَهُ عُهدةٌ، لا يَرجِعُ به على

---

(١) أي: الرجوعُ بالثَّمنِ. بناية.
(٢) أي: وإنَّما أدَّى المشتري الثَّمنَ إلى العَدلِ. بناية.
(٣) أي: لم يَسلمِ المبيعُ للمشتري.
(٤) رجع على المرتَهِنِ بالثَّمنِ الذي أدَّاه. بناية.
(٥) أي: بحقِّه الذي هو دَينُهُ. بناية.
(٦) في البناية: المرادُ بالموكَّلِ المرتَهِنُ، وسمَّاهُ موكَّلاً، كأنَّ البيعَ وقعَ لأجلِهِ، وبالضَّمانِ الثَّمنُ. أو المرادُ بالموكِّلِ الرَّاهنُ، وبالضَّمانِ الدَّينُ، قاله الكاكي.

وإنْ ماتَ العبدُ المَرهونُ في يدِ المُرتَهِنِ، ثمَّ استَحَقَّهُ رجلٌ، فلَهُ الخيارُ: إنْ شاءَ ضَمَّنَ الرَّاهنَ، وإن شاءَ ضَمَّنَ المُرتَهِنَ، فإنْ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ فقد ماتَ بالدَّينِ، وإنْ ضَمَّنَ المُرتَهِنَ يَرجِعُ على الرَّاهنِ بما ضَمِنَ مِنَ القيمةِ وبِدَينِهِ.

المُقتَضي[1]، بخلاف الوكالةِ المَشروطةِ في العقدِ؛ لأنَّه تعلَّقَ به حقُّ المُرتَهِنِ، فيكونُ البيعُ لحقِّه.

قال رضي الله عنه: هكذا ذكر الكرخيُّ، وهذا يُؤيِّدُ قولَ مَنْ لا يَرى جَبْرَ هذا الوَكيلِ على البيع.

قال: (وإنْ ماتَ العبدُ المَرهونُ في يدِ المُرتَهِنِ، ثمَّ استَحَقَّهُ رجلٌ، فلَهُ الخيارُ: إنْ شاءَ ضَمَّنَ الرَّاهنَ، وإن شاءَ ضَمَّنَ المُرتَهِنَ)؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مُتعَدٍّ في حقِّهِ بالتَّسليمِ أو بالقَبضِ[2].

(فإنْ ضَمَّنَ الرَّاهِنَ فقد ماتَ بالدَّينِ[3])؛ لأنَّه مَلَكَه بأداءِ الضَّمانِ، فصَحَّ الإيفاءُ، (وإنْ ضَمَّنَ المُرتَهِنَ يَرجِعُ على الرَّاهنِ بما ضَمِنَ مِنَ القيمةِ وبِدَينِهِ)، أمَّا بالقيمةِ فلأنَّه مَغرورٌ من جهةِ الرَّاهنِ، وأمَّا بالدَّينِ فلأنَّه انتَقَضَ اقتضاؤه[4]، فيعودُ حقُّهُ كما كان.

فإن قيل: لمَّا كان قرارُ الضَّمانِ على الرَّاهنِ بِرُجوعِ المُرتَهِنِ عليه، والمِلكُ في المَضمونِ يَثبُتُ لِمَن عليه قرارُ الضَّمانِ، فتبيَّنَ أنَّه رَهَنَ مِلكَ نفسِهِ، فصار كما إذا ضَمَّنَ المستحِقُّ الرَّاهنَ ابتداءً.

قلنا: هذا طَعْنُ أبي خازمٍ القاضي[5]، والجوابُ عنه: أنَّه يرجعُ عليه بسببِ

---

(١) أي: القابض. بناية.

(٢) يعني: الرَّاهنُ بالتَّسليمِ، والمُرتهِنُ بالقبضِ، فكانَ كالغاصِبِ وغاصِبِ الغاصِبِ. عناية.

(٣) أي: ماتَ العبدُ المرهونُ بالدَّين، يعني: سقط الدَّينُ أيضاً.

(٤) أي: قبضُهُ لأنَّ الرَّهنَ لم يكن مِلكَ الرَّاهنِ حتَّى يكونُ بِهلاكِهِ مُستوفياً. عناية.

(٥) يعني: هذا السُّؤالُ طَعَنَ به أبو خازم - بالخاء المعجمة - على محمَّدِ بن الحسنِ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، وأبو خازم =

الغُرورِ، والغُرورُ بالتَّسليمِ كما ذكرناه[١]، أو بالانتقالِ من المُرتَهِنِ إليه[٢] كأنَّه وكيلٌ عنه، والمِلكُ بكلٍّ ذلك[٣] متأخِّرٌ عن عَقدِ الرَّهنِ، بخلافِ الوجهِ الأوَّلِ[٤]؛ لأنَّ المُستحِقَّ يُضمِّنُه باعتبارِ القَبضِ السَّابقِ على الرَّهنِ، فَيستنِدُ المِلكُ إليه، فتبيَّنَ أنَّه رَهَنَ مِلكَ نفسِهِ، وقد طوَّلنا الكلامَ في كفاية المنتهي.

= هو عبد الحميدِ بنُ عبدِ العزيزِ القاضي الحنفي ببغداد. تأتي ترجمته في آخر الكتاب إن شاء الله.

(١) يعني: بقوله: لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما متعدٍّ في حقِّه بالتَّسليم.

(٢) أي: إلى الرَّاهن.

(٣) أي: بكلٍّ واحدٍ من التَّسليمِ والانتقال. عناية.

(٤) يعني: ما إذا ضَمَّنَ المُستحِقُّ الرَّاهنَ. عناية.

باب التَّصرُّف في الرَّهنِ والجِنايةِ عليه وجنايتِه على غَيرِه

وإذا باعَ الرَّاهِنُ الرَّهنَ بِغَيرِ إذنِ المُرتَهِنِ، فالبيعُ مَوقوفٌ، فإنْ أجازَ المُرتَهِنُ جاز، وإنْ قَضاهُ الرَّاهِنُ دَيْنَهُ جازَ أيضاً، وإذا نَفَذَ البيعُ بإجازةِ المُرتَهِنِ، يَنتقِلُ حقُّهُ إلى بَدَلِهِ، هو الصَّحيحُ. وإنْ لم يُجِزِ المُرتَهِنُ البيعَ وفَسَخَهُ انفَسَخَ في روايةٍ، حتَّى لوِ افتَكَّ الرَّاهنُ الرَّهنَ، لا سبيلَ لِلمُشتري عليه، ....

(باب التَّصرُّف في الرَّهنِ والجِنايةِ عليه وجنايتِهِ على غَيرِه)

قال: (وإذا باعَ الرَّاهِنُ الرَّهنَ بِغَيرِ إذنِ المُرتَهِنِ، فالبيعُ مَوقوفٌ[1])؛ لِتَعلُّقِ حقِّ الغيرِ به، وهو المُرتَهِنُ، فَيَتوقَّفُ على إجازَتِهِ، وإنْ كان الرَّاهنُ يتصرَّفُ في مِلكِهِ، كمَنْ أوصى بِجَميعِ مالِهِ تَقِفُ على إجازةِ الورثةِ فيما زادَ على الثُّلُثِ؛ لِتعلُّقِ حقِّهم به، (فإنْ أجازَ المُرتَهِنُ جاز)؛ لأنَّ التَّوقُّفَ لحقِّهِ، وقد رضي بسقوطِهِ.

(وإنْ قَضاهُ الرَّاهِنُ دَيْنَهُ جازَ أيضاً)؛ لأنَّه زالَ المانعُ من النُّفوذِ[2]، والمقتضي[3] موجودٌ، وهو التَّصرُّفُ الصَّادرُ من الأهلِ في المَحلِّ.

(وإذا نَفَذَ البيعُ بإجازةِ المُرتَهِنِ، يَنتقِلُ حقُّهُ إلى بَدَلِهِ، هو الصَّحيحُ)؛ لأنَّ حقَّهُ تَعلَّقَ بالماليَّةِ، والبَدَلُ له حُكمُ المُبدَلِ، فصار كالعبدِ المديونِ المأذونِ إذا بِيعَ بِرِضا الغُرماءِ، يَنتقِلُ حقُّهم إلى البدلِ؛ لأنَّهم رَضُوا بالانتقالِ دونَ السُّقوطِ رأساً، فكذا هذا.

(وإنْ لم يُجزِ المُرتَهِنُ البيعَ وفَسَخَهُ انفَسَخَ في روايةٍ، حتَّى لوِ افتَكَّ الرَّاهنُ الرَّهنَ، لا سبيلَ لِلمُشتري عليه)؛ لأنَّ الحقَّ الثَّابتَ للمرتَهِنِ بمنزلةِ المِلْكِ، فصار كالمالكِ له أن يُجيزَ وله أن يَفسَخَ.

---

(١) سواءٌ عَلِم بالبيعِ ولم يأذنْ أو لم يعلم به.

(٢) أي: نفوذِ البيع.

(٣) أي: للجواز.

وفي أصحِّ الرِّوايتينِ لا يَنفسِخُ بِفَسخِهِ. ولو باعَهُ الرَّاهنُ من رَجلٍ، ثمَّ باعَهُ بيعاً ثانياً من غَيرِهِ قبلَ أن يُجِيزَهُ المُرتَهِنُ، فالثَّاني موقوفٌ أيضاً على إجازتِهِ. ولو باعَ الرَّاهنُ، ثمَّ أجَّرَ، أو وَهَبَ، أو رَهَنَ من غَيرِهِ، وأجازَ المُرتَهِنُ هذه العُقودَ، جازَ البيعُ الأوَّلُ.

(وفي أصحِّ الرِّوايتينِ لا يَنفسِخُ بِفَسخِهِ)؛ لأنَّه لو ثَبَتَ حقُّ الفسخِ له، إنَّما يَثبُتُ ضرورةَ صيانةِ حقِّهِ، وحقُّهُ في الحَبسِ لا يَبطُلُ بانعقادِ هذا العقدِ، فبقي موقوفاً:

- فإن شاء المشتري صَبرَ حتَّى يَفتَكَّ الرَّاهنُ الرَّهنَ؛ إذِ العَجزُ على شَرَفِ الزَّوالِ.

- وإنْ شاء رَفَعَ الأمرَ إلى القاضي، وللقاضي أن يفسَخَ لِفَواتِ القُدرةِ على التَّسليم، وولايةُ الفَسخِ إلى القاضي لا إليه[1]، وصار كما إذا أَبَقَ العبدُ المُشتَرَى قبلَ القَبضِ، فإنَّه يَتخيَّرُ المشتري لما ذكرنا[2]، كذلك هذا.

(ولو باعَهُ الرَّاهنُ من رَجلٍ، ثمَّ باعَهُ بيعاً ثانياً من غَيرِهِ قبلَ أن يُجِيزَهُ المُرتَهِنُ، فالثَّاني موقوفٌ أيضاً على إجازتِهِ)؛ لأنَّ الأوَّلَ لم يَنفُذْ، والموقوفُ لا يَمنَعُ تَوقُّفَ الثَّاني، فلو أجازَ المرتَهِنُ البيعَ الثَّاني، جاز الثَّاني.

(ولو باعَ الرَّاهنُ، ثُمَّ أجَّرَ، أو وَهَبَ، أو رَهَنَ من غَيرِهِ، وأجازَ المُرتَهِنُ هذه العُقودَ، جازَ البيعُ الأوَّلُ).

والفرقُ[3] أنَّ المُرتَهِنَ ذو حظٍّ من البيعِ الثَّاني؛ لأنَّه يتعلَّقُ حقُّهُ ببدَلِهِ، فَيَصِحُّ تعيينُهُ لِتَعلُّقِ فائدتِهِ به، أمَّا لا حقَّ له في هذه العقودِ؛ لأنَّهُ لا بدَلَ في الهبةِ والرَّهنِ، والذي في الإجارةِ بدَلُ المَنفعةِ لا بدَلَ العينِ، وحقُّهُ في ماليَّةِ العينِ لا في المَنفعةِ، فكانت إجازتُهُ إسقاطاً لحقِّهِ، فزالَ المانعُ فنَفَذَ البيعُ الأوَّلُ، فوَضَحَ الفرقُ.

---

(١) أي: لا إلى المُرتَهِن، لأنَّ هذا الفسخَ لِقَطعِ المُنازعةِ، وهو إلى القاضي. عناية.

(٢) يعني: لِفَواتِ القُدرةِ على التَّسليم. عناية.

(٣) أي: بين البيعِ الثَّاني وبينَ العقودِ المذكورةِ.

ولو أعتقَ الرَّاهنُ عبدَ الرَّهنِ نَفَذَ عِتقُهُ ....

قال: (ولو أعتقَ الرَّاهنُ عبدَ الرَّهنِ نَفَذَ عِتقُهُ)، وفي بعض أقوالِ الشَّافعيِّ[١]: لا يَنفُذُ إذا كان المُعتِقُ مُعسِراً؛ لأنَّ في تنفيذِهِ إبطالَ حقِّ المُرتهِنِ، فأشبَهَ البيعَ، بخلافِ ما إذا كان مُوسِراً، حيثُ يَنفُذُ على بعضِ أقوالِهِ؛ لأنَّه لا يَبطُلُ حقُّه معنىً بالتَّضمينِ[٢]. وبخلافِ إعتاقِ المُستأجِرِ؛ لأنَّ الإجارةَ تبقى مُدَّتَها؛ إذِ الحُرُّ يَقبَلُها، أمَّا ما لا يَقبَلُ الرَّهنَ فلا يبقى.

ولنا: أنَّه مُخاطَبٌ أعتَقَ مِلكَ نفسِهِ، فلا يَلغُو تَصَرُّفُهُ بعَدَمِ إذنِ المُرتَهِنِ، كما إذا أعتَقَ العبدَ المُشترَى قبلَ القبضِ، أو أعتَقَ الآبِقَ، أو المَغصوبَ، ولا خفاءَ في قيامِ مِلكِ الرَّقبةِ لقيامِ المُقتضي، وعارِضُ الرَّهنِ لا يُنبِئُ عن زوالِهِ.

ثمَّ إذا زال مِلكُهُ في الرَّقبةِ بإعتاقِهِ، يَزولُ مِلكُ المُرتَهِنِ في اليدِ بناءً عليه كإعتاقِ العبدِ المُشترَكِ، بل أولى؛ لأنَّ مِلكَ الرَّقبةِ أقوى من مِلكِ اليدِ[٣]، فلمَّا لم يَمنَعِ الأعلى لا يَمنَعِ الأدنى بالطَّريقِ الأولى.

وامتناعُ[٤] النَّفاذِ في البيعِ والهبةِ لانعدامِ القُدرةِ على التَّسليمِ.

وإعتاقُ الوارثِ[٥] العبدَ المُوصَى بِرَقَبَتِهِ لا يَلغُو، ....

---

(١) انظر تفصيل المسألة مغني المحتاج (٢/ ١٧٧-١٧٨) ط دار الفكر، وروضة الطالبين (٤/ ٧٥) ط المكتب الإسلامي.

(٢) يعني: بتضمينِ الرَّاهنِ قيمَتَه.

(٣) أي: الثَّابتِ للمرتَهِنِ.

(٤) هذا جوابٌ عمَّا يقال: ليس المانعُ مُنحَصِراً فيما يُزيلُ المِلكَ، بل مُجرَّدُ تَعلُّقِ الحقِّ مانعٌ، ولهذا مَنَعَ النَّفاذَ في البيعِ والهبة. بناية.

(٥) جوابٌ عمَّا تمسَّكَ به الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في بعضِ المواضِعِ، وادَّعى أنَّ إعتاقَهُ لَغْوٌ.
وصورتُهُ: مريضٌ أوصى برقبةِ عبدِهِ لِشَخصٍ، ولا مالَ له غيرُهُ، ثمَّ ماتَ وأعتَقَ الوارثُ العبدَ، لم يَنفُذْ لِحَقِّ المُوصَى له، فكذا يجبُ أن يكونَ في الرَّهنِ. ووجهُهُ: أنَّ ذلك لا يَلغُو، بل يُؤخَّرُ إلى أداءِ السِّعايةِ عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ. وأمَّا عندهما: فلا إشكالَ؛ لأنَّه يَعتِقُ في الحال. عناية.

إنْ كان الرَّاهِنُ مُوسِراً، والدَّينُ حالاً، طُولِبَ بأداءِ الدَّينِ، وإنْ كان الدَّينُ مُؤجَّلاً أُخِذَتْ منه قِيمَةُ العبدِ وجُعِلَتْ رَهناً مَكانَهُ حتَّى يَحِلَّ الدَّينُ، وإنْ كان مُعسِراً، سَعَى العبدُ في قِيمَتِهِ وقَضَى بهِ الدَّينَ، إلَّا إذا كان بخلافِ جِنْسِ حقِّهِ، ....

بل يُؤخَّرُ إلى أداءِ السِّعايةِ عند أبي حنيفة.

وإذا نَفَذَ الإعتاقُ[١] بطَلَ الرَّهنُ لِفَواتِ محلِّهِ، (ثمَّ) بعد ذلك[٢]:

- (إنْ كان الرَّاهِنُ مُوسِراً، والدَّينُ حالاً، طُولِبَ بأداءِ الدَّينِ)؛ لأنَّه لو طُولِبَ بأداءِ القيمةِ تقعُ المُقاصَّةُ بِقَدْرِ الدَّينِ، فلا فائدة فيه.

- (وإنْ كان الدَّينُ مُؤجَّلاً أُخِذَتْ منه قِيمَةُ العبدِ وجُعِلَتْ رَهناً مَكانَهُ حتَّى يَحِلَّ الدَّينُ)؛ لأنَّ سببَ الضَّمانِ مُتحقِّقٌ، وفي التَّضمينِ فائدةٌ، فإذا حلَّ الدَّينُ اقتضاه بحَقِّهِ إذا كان من جنسِ حقِّهِ، ورَدَّ الفَضْلَ.

- (وإنْ كان مُعسِراً، سَعَى العبدُ في قِيمَتِهِ وقَضَى بهِ الدَّينَ، إلَّا إذا كان بخلافِ جِنْسِ حقِّهِ[٣])؛ لأنَّه[٤] لَمَّا تعذَّرَ الوصولُ إلى عَينِ حقِّهِ من جهةِ المُعتِقِ، يَرجِعُ إلى مَنْ يَنتفِعُ بعتقِهِ، وهو العبدُ؛ لأنَّ الخَراجَ بالضَّمانِ.

قال ﷺ: وتأويلُهُ إذا كانتِ القيمةُ أقَلَّ من الدَّينِ، أمَّا إذا كان الدَّينُ أقَلَّ نَذكُرُه إن شاء الله تعالى[٥].

---

(١) راجعٌ إلى أوَّلِ الكلام، يعني: فإذا ثبَتَ تحقُّقُ المُقتضي وانتفاءُ المانعِ، نفَذَ الإعتاقُ، أي: إعتاقُ الرَّاهنِ، وإذا نفَذَ الإعتاقُ بطَلَ الرَّهنُ لِفَواتِ محلِّهِ.

(٢) أي: بعدَ نفاذِ الاعتاقِ.

(٣) يعني: إلَّا إذا كان الحاصلُ من السِّعايةِ بخلافِ جنسِ حقِّ المُرتَهِنِ، فإنَّه لا يَقضي به دينَهُ، بل يُبدَّلُ به جنسُ حقِّهِ ويَقضي به دينَهُ. عناية.

(٤) هذا دليلُ وُجوبِ السِّعايةِ على العبد.

(٥) يعني: في هذا البابِ، في مسألةِ استيلادِ الأمةِ المَرهونةِ. بناية.

ثمَّ يَرجِعُ بما سَعَى على مَولاهُ إذا أيسَرَ. ولو أقَرَّ المَولَى بِرَهنِ عَبدِهِ، بأن قال له: «رَهَنتُكَ عندَ فلانٍ»، وكذَّبَه العبدُ، ثمَّ أعتَقَهُ، تَجِبُ السِّعايةُ، ....

(ثمَّ يَرجِعُ بما سَعَى على مَولاهُ إذا أيسَرَ)؛ لأنَّه قضى دينَهُ وهو مُضطَرٌّ فيه بِحُكمِ الشَّرعِ، فيرجعُ عليه بما تَحَمَّلَ عنه، بخلاف المُستَسْعَى في الإعتاقِ؛ لأنَّه يُؤَدِّي ضماناً عليه؛ لأنَّه إنَّما يسعى لِتَحصيلِ العِتقِ عنده، وعندهما لِتَكميلِهِ، وهنا يسعى في ضَمانٍ على غيرِهِ بعدَ تَمامِ إعتاقِهِ، فصار كَمُعيرِ الرَّهنِ.

ثمَّ أبو حنيفة أوجَبَ السِّعايةَ في المُستَسْعَى المُشتَرَكِ في حالَتَي اليَسارِ والإعسارِ، وفي العبدِ المَرهونِ شَرَطَ الإعسارَ؛ لأنَّ الثَّابتَ لِلمُرتَهِنِ حقُّ المِلكِ، وأنَّه أدنى من حقيقتِهِ الثَّابتةِ للشَّريكِ السَّاكتِ، فوَجَبَ السِّعايةُ هنا في حالةٍ واحدةٍ إظهاراً لِنُقصانِ رُتبتِهِ.

بخلافِ المُشتَرَى قبلَ القَبضِ إذا أعتَقَه المُشتري، حيثُ لا يَسعَى للبائعِ إلَّا روايةً عن أبي يوسف[1]. والمرهونُ يَسعَى؛ لأنَّ حقَّ البائعِ في الحَبسِ أضعَفُ؛ لأنَّ البائعَ لا يَملِكُهُ في الآخرةِ، ولا يَستوفي من عينِهِ، وكذلك يَبطُلُ حقُّهُ في الحَبسِ بالإعارة من المشتري، والمُرتَهِنُ يَنقلِبُ حقُّه مِلكاً، ولا يبطلُ حقُّه بالإعارةِ من الرَّاهنِ حتَّى يُمكِنُه الاستردادُ، فلو أوجبنا السِّعايةَ فيهما لَسَوِّينا بينَ الحقَّينِ، وذلك لا يجوز.

(ولو أقَرَّ المَولَى بِرَهنِ عَبدِهِ، بأن قال له: «رَهَنتُكَ عندَ فلانٍ»، وكذَّبَه العبدُ، ثمَّ أعتَقَهُ، تَجِبُ السِّعايةُ) عندنا، خلافاً لزفر، هو يَعتبِرُهُ بإقرارِهِ بعدَ العتقِ، ونحنُ نقول: أقَرَّ بِتَعلُّقِ الحقِّ في حالٍ يَملِكُ التَّعليقَ فيه[2]؛ لقيامِ مِلكِهِ، فَيَصِحُّ، بخلافِ ما بعدَ العِتقِ؛ لأنَّه حالُ انقطاعِ الولايةِ.

---

(١) فإنَّ المبيعَ مَحبوسٌ في يدِ البائعِ، كالرَّهنِ في يدِ المُرتَهِنِ. عناية.

(٢) أي: يملكُ تعليقَ الدَّينِ برقبتِهِ. بناية.

ولو دَبَّرَهُ الرَّاهنُ صَحَّ تَدبيرُهُ بالاتِّفاقِ. ولو كانت أمَةً فاستَوْلَدَها الرَّاهنُ صَحَّ الاستيلادُ بالاتِّفاقِ، وإذا صَحَّا خَرَجا من الرَّهنِ، فإنْ كان الرَّاهنُ مُوسِراً ضَمِنَ قِيمَتَهُما، وإنْ كان مُعسِراً استَسْعَى المُرتَهِنُ المُدبَّرَ وأمَّ الوَلَدِ في جَميعِ الدَّينِ،

قال: (ولو دَبَّرَهُ الرَّاهنُ صَحَّ تَدبيرُهُ بالاتِّفاقِ)، أمَّا عندنا فظاهرٌ، وكذا عنده[1]؛ لأنَّ التَّدبيرَ لا يَمنَعُ البيعَ على أصلِهِ. (ولو كانت[2] أمَةً فاستَوْلَدَها الرَّاهنُ صَحَّ الاستيلادُ بالاتِّفاقِ)؛ لأنَّه يصحُّ بأدنى الحقَّينِ، وهو ما للأب في جارية الابن، فيصحُّ بالأعلى، (وإذا صَحَّا[3] خَرَجا[4] من الرَّهنِ) لِبُطلانِ المَحلِّيَّةِ؛ إذ لا يَصحُّ استيفاءُ الدَّين منهما.

(فإنْ كان الرَّاهنُ مُوسِراً ضَمِنَ قِيمَتَهُما) على التَّفصيلِ الذي ذكرناه في الإعتاق، (وإنْ كان مُعسِراً استَسْعَى المُرتَهِنُ المُدبَّرَ وأمَّ الوَلَدِ في جَميعِ الدَّينِ)؛ لأنَّ كَسْبَهُما مالُ المولى، بخلافِ المُعتَقِ حيثُ يَسعَى في الأقلِّ من الدَّينِ ومن القيمةِ؛ لأنَّ كَسْبَهُ حقُّهُ، والمُحتَبَسُ عنده ليس إلَّا قَدْرُ القيمةِ، فلا يُزادُ عليه، وحقُّ المُرتَهِنِ بِقَدْرِ الدَّينِ فلا تَلزَمُه الزِّيادةُ.

ولا يَرجِعانِ بما يُؤدِّيانِ على المَولى بعد يسارِهِ؛ لأنَّهما أدَّياه من مالِ المولى، والمُعتَقُ يَرجِعُ؛ لأنَّه أدَّى مِلكَهُ عنه، وهو مُضطَّرٌ على ما مَرَّ.

وقيل: الدَّينُ إذا كان مُؤجَّلاً يَسعَى المُدبَّرُ في قيمتِهِ قِنَّاً؛ لأنَّه عِوَضُ الرَّهنِ، حتَّى يُحبَسُ مَكانه، فَيتقدَّر بِقَدْرِ العِوَضِ، بخلاف ما إذا كان حالاً؛ لأنَّه يُقضَى به الدَّينُ.

ولو أعتَقَ الرَّاهنُ المُدبَّرَ، وقد قَضَى عليه بالسِّعايةِ أو لم يَقضِ، لم يسعَ إلَّا بِقَدْرِ

(١) أي: عند الإمام الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ.
(٢) أي: لو كانتِ المَرهونةُ أمةً.
(٣) يعني: التدبيرَ والاستيلاد. بناية.
(٤) أي: المُدَّبر وأمُّ الولد، يعني: عندنا. عناية.

وكذلك لو استَهلَكَ الرَّاهنُ الرَّهنَ، فإنِ استَهلَكَه أجنبيٌّ، فالمُرتَهِنُ هو الخَصْمُ في تَضمينِهِ، فيأخُذُ القيمةَ وتكونُ رَهْناً في يدِهِ، ولو استَهلَكَه المُرتَهِنُ والدَّينُ مُؤَجَّلٌ غَرِمَ القيمةَ وكانت رَهْناً في يَدِهِ حتَّى يَحِلَّ الدَّينُ، وإذا حَلَّ الدَّينُ وهو على صفةِ القيمةِ، استوفى المُرتَهِنُ منها قَدْرَ حقِّهِ، ثمَّ إنْ كان فيه فَضْلٌ يَرُدُّهُ على الرَّاهنِ،

القيمةِ؛ لأنَّ كَسْبَهُ بعدَ العتقِ مِلكُهُ، وما أدَّاه قبلَ العِتقِ لا يَرجِعُ به على مولاه؛ لأنَّه أدَّاه من مالِ المولى.

قال: (وكذلك لو استَهلَكَ الرَّاهنُ الرَّهنَ[1])؛ لأنَّه حقٌّ مُحترَمٌ مضمونٌ عليه بالإتلافِ، والضَّمانُ رهنٌ في يدِ المُرتَهِنِ لقيامِهِ مَقامَ العين.

(فإنِ استَهلَكَه أجنبيٌّ، فالمُرتَهِنُ هو الخَصْمُ في تَضمينِهِ، فيأخُذُ القيمةَ وتكونُ رَهْناً في يدِهِ)؛ لأنَّه أحقُّ بعَينِ الرَّهنِ حالَ قيامِهِ، فكذا في استردادِ ما قام مَقامَهُ، والواجبُ على هذا المُستهلِكِ قيمَتُهُ يومَ هلَكَ، فإن كانت قيمتُهُ يومَ استَهلَكَه خمسَمائةٍ ويومَ رُهِنَ ألفاً، غَرِمَ خمسَمائةٍ وكانت رهناً، وسقَطَ من الدَّينِ خَمسُمائةٍ، فصارَ الحكمُ في الخمسمائةِ الزِّيادةِ كأنَّها هلَكَت بآفةٍ سماويَّة[2].

والمعتَبَرُ في ضمانِ الرَّهنِ القيمةُ يومَ القَبضِ لا يومَ الفَكاكِ؛ لأنَّ القبضَ السَّابقَ مَضمونٌ عليه؛ لأنَّه قَبْضُ استيفاءٍ، إلَّا أنَّه يَتقرَّرُ عند الهلاكِ.

(ولو استَهلَكَه المُرتَهِنُ والدَّينُ مُؤَجَّلٌ غَرِمَ القيمةَ)؛ لأنَّه أتلَفَ مِلكَ الغيرِ، (وكانت رَهْناً في يَدِهِ حتَّى يَحِلَّ الدَّينُ)؛ لأنَّ الضَّمانَ بدلُ العينِ، فأخَذَ حُكمَهُ.

(وإذا حَلَّ الدَّينُ وهو على صفةِ القيمةِ[3]، استوفى المُرتَهِنُ منها قَدْرَ حقِّهِ)؛ لأنَّه جِنسُ حقِّهِ، (ثمَّ إنْ كان فيه فَضْلٌ يَرُدُّهُ على الرَّاهنِ)؛ لأنَّه بدَلُ مِلكِهِ، وقد فرَغَ عن حقِّ المُرتَهِنِ.

---

(١) معطوفٌ على قولِهِ فإنْ كان مُوسِراً ضَمِنَ قيمتَهُما. عناية.

(٢) يعني: تكونُ الزِّيادةُ مضمونةً على المُرتَهِن. عناية.

(٣) أي: في الجنسيَّةِ والجودةِ. بناية.

وإنْ نَقَصَتْ عن الدَّينِ بِتَراجُعِ السِّعرِ إلى خَمسِمائةٍ، وقد كانت قِيمَتُهُ يومَ الرَّهنِ ألفاً، وَجَبَ بالاستهلاكِ خَمسُمائةٍ، وسَقَطَ من الدَّينِ خَمسُمائةٍ. وإذا أعارَ المُرتَهِنُ الرَّهنَ لِلرَّاهِنِ لِيَخدُمَهُ، أو لِيَعمَلَ له عَمَلاً، فقَبَضَهُ، خَرَجَ مِنْ ضَمانِ المُرتَهِنِ، فإنْ هلَكَ في يَدِ الرَّاهِنِ، هَلَكَ بِغَيرِ شَيءٍ، ولِلمُرتَهِنِ أنْ يَستَرجِعَهُ إلى يَدِه، ....

(وإنْ نَقَصَتْ[1] عن الدَّينِ بِتَراجُعِ السِّعرِ إلى خَمسِمائةٍ، وقد كانت قِيمَتُهُ يومَ الرَّهنِ ألفاً، وَجَبَ بالاستهلاكِ خَمسُمائةٍ، وسَقَطَ من الدَّينِ خَمسُمائةٍ)؛ لأنَّ ما انتَقَصَ كالهالكِ وسَقَطَ الدَّينُ بِقَدْرِهِ، وتُعتَبَرُ قيمتُهُ يومَ القَبضِ، فهو مضمونٌ بالقَبضِ السَّابقِ، لا بِتَراجُعِ السِّعرِ، ووَجَبَ عليه الباقي بالإتلافِ، وهو قيمَتُهُ يومَ أُتلِفَ.

قال: (وإذا أعارَ المُرتَهِنُ الرَّهنَ لِلرَّاهِنِ[2] لِيَخدُمَهُ، أو لِيَعمَلَ له عَمَلاً، فقَبَضَهُ، خَرَجَ مِنْ ضَمانِ المُرتَهِنِ)؛ لِمُنافاةٍ بين يدِ العاريَّةِ ويدِ الرَّهنِ[3] (فإنْ هلَكَ في يَدِ الرَّاهِنِ، هَلَكَ بِغَيرِ شَيءٍ)؛ لِفَواتِ القَبضِ المَضمونِ.

(ولِلمُرتَهِنِ أنْ يَستَرجِعَهُ إلى يَدِهِ)؛ لأنَّ عَقْدَ الرَّهنِ باقٍ إلَّا في حُكمِ الضَّمانِ في الحالِ؛ ألا ترى أنَّه لو هَلَكَ الرَّاهِنُ قبلَ أن يَرُدَّهُ على المُرتَهِنِ، كان المُرتَهِنُ أحَقَّ به من سائرِ الغُرَماءِ، وهذا لأنَّ يدَ العاريَّةِ ليست بلازمةٍ، والضَّمانُ ليس من لَوازِمِ الرَّهنِ على كلِّ حالٍ؛ ألا ترى أنَّ حُكمَ الرَّهنِ ثابتٌ في وَلَدِ الرَّهنِ وإنْ لم يكن مَضموناً بالهَلاكِ، وإذا بَقِيَ عقدُ الرَّهنِ، فإذا أخَذَهُ عادَ الضَّمانُ؛ لأنَّه عادَ القَبضُ في عَقدِ الرَّهنِ، فَيَعودُ بِصفَتِهِ.

---

(١) أي: قيمةُ الرَّهنِ.

(٢) فيه تَسامُحٌ؛ لأنَّ الإعارةَ تمليكُ المَنافِعِ بغيرِ عِوَضٍ، والمُرتَهِنُ لا يَملِكُها فكيف يُمَلِّكُها غيرَهُ، ولكن لمَّا عُومِلَ مُعامَلَةَ الإعارةِ من عدمِ الضَّمانِ، وتَمكُّنِ استردادِ المُعيرِ، أطلق الإعارة. عناية.

(٣) لأنَّ قَبْضَ الرَّهنِ يُوجِبُ الضَّمانَ، وقَبْضَ العاريَّةِ لا يُوجِبُه، وفي إيجابِ الضَّمانِ على المُرتَهِنِ بعدَ الإعارةِ يَلزَمُ الجَمْعَ بينهما، وهو مُمتَنِعٌ. عناية.

وكذلكَ لو أعارَهُ أحَدُهُما أجنَبيّاً بإذنِ الآخَرِ سَقَطَ حُكْمُ الضَّمانِ، ولِكلٍّ واحدٍ منهما أنْ يَرُدَّهُ رَهْناً كما كان. ولو ماتَ الرَّاهنُ قبلَ الرَّدِّ إلى المُرتَهِنِ يكونُ المُرتَهِنُ أُسوةً لِلغُرَماءِ. وإذا استعارَ المُرتَهِنُ الرَّهنَ مِنَ الرَّاهنِ لِيَعمَلَ به، فهَلَكَ قبلَ أنْ يَأخُذَ في العَمَلِ، هَلَكَ على ضَمانِ الرَّهنِ، وكذا إذا هَلَكَ بعدَ الفَراغِ من العَمَلِ، ولو هَلَكَ في حالةِ العَمَلِ هَلَكَ بِغَيرِ ضَمانٍ، وكذا إذا أذِنَ الرَّاهِنُ لِلمُرتَهِنِ بالاستعمال. ....

(وكذلكَ لو أعارَهُ أحَدُهُما أجنَبيّاً بإذنِ الآخَرِ سَقَطَ حُكْمُ الضَّمانِ)؛ لِما قلنا[1] (ولِكلٍّ واحدٍ منهما أنْ يَرُدَّهُ رَهْناً كما كان)؛ لأنَّ لكلٍّ واحدٍ منهما حقّاً مُحتَرَماً فيه.

وهذا[2] بخلافِ الإجارةِ والبيعِ والهبةِ من أجنبيٍّ، إذا باشَرَها أحَدُهما بإذنِ الآخَرِ، حيثُ يَخرُجُ عن الرَّهنِ فلا يَعودُ إلَّا بِعَقدٍ مُبتدإ.

(ولو ماتَ الرَّاهنُ قبلَ الرَّدِّ إلى المُرتَهِنِ، يكونُ المُرتَهِنُ أُسوةً لِلغُرَماءِ)؛ لأنَّه تَعلَّقَ بالرَّهنِ حقٌّ لازِمٌ بهذِهِ التَّصرُّفاتِ، فَيَبطُلُ به حكمُ الرَّهنِ، أمَّا بالعاريَّةِ لم يَتعلَّقْ به حَقٌّ لازِمٌ، فافترقا.

(وإذا استعارَ المُرتَهِنُ الرَّهنَ مِنَ الرَّاهنِ لِيَعمَلَ به، فهَلَكَ قبلَ أنْ يَأخُذَ في العَمَلِ، هَلَكَ على ضَمانِ الرَّهنِ)؛ لبقاءِ يدِ الرَّهنِ، (وكذا إذا هَلَكَ بعدَ الفَراغِ من العَمَلِ)؛ لارتفاعِ يدِ العاريَّةِ.

(ولو هَلَكَ في حالةِ العَمَلِ هَلَكَ بِغَيرِ ضَمانٍ)؛ لِثُبوتِ يدِ العاريَّةِ بالاستعمالِ، وهي مخالِفةٌ لِيدِ الرَّهنِ فانتفى الضَّمانُ، (وكذا إذا أذِنَ الرَّاهِنُ لِلمُرتَهِنِ بالاستعمال)؛ لما بيناه[3].

---

(١) إشارةٌ إلى قوله: «لمنافاةِ بينَ يدِ العاريَّةِ ويدِ الرَّهن». عناية.

(٢) أي: ما ذكرنا من إعارةِ أحَدِهما بإذنِ الآخَر أجنبيّاً. عناية.

(٣) يعني: في صورة العاريَّة. بناية.

وَمَنِ استعارَ مِنْ غيرِهِ ثوباً لِيَرهَنَهُ، فَما رَهَنَهُ به مِنْ قليلٍ أو كثيرٍ فهو جائزٌ، ولو عيَّنَ قَدْراً لا يَجوزُ لِلمُستَعيرِ أنْ يَرْهَنَهُ بِأكثَرَ منه، ولا بِأقَلَّ منه، وكذلك التَّقييدُ بالجِنْسِ وبالمُرتَهِنِ وبالبلدِ، فإذا خالَفَ كان ضامِناً، ثمَّ إن شاءَ المُعيرُ ضَمَّنَ المُستعيرَ، ويَتِمُّ عَقْدُ الرَّهنِ فيما بينه وبين المُرتَهِنِ، وإنْ شاءَ ضَمَّنَ المُرتَهِنَ، ويَرجِعُ المُرتَهِنُ بما ضَمِنَ وبالدَّينِ على الرَّاهنِ، وإنْ وافَقَ ....

(وَمَنِ استعارَ مِنْ غيرِهِ ثوباً لِيَرهَنَهُ، فَما رَهَنَهُ به مِنْ قليلٍ أو كثيرٍ فهو جائزٌ)؛ لأنَّه مُتبرِّعٌ بإثباتِ مِلكِ اليدِ، فَيُعتَبَرُ بالتَّبرُّعِ بإثباتِ مِلكِ العينِ واليدِ، وهو قَضاءُ الدَّينِ، ويجوزُ أنْ يَنفصِلَ مِلكُ اليدِ عن مِلكِ العينِ ثبوتاً لِلمُرتَهِنِ، كما يَنفصِلُ زَوالاً في حقِّ البائعِ، والإطلاقُ واجبُ الاعتبارِ خُصوصاً في الإعارةِ؛ لأنَّ الجَهالةَ فيها لا تُفضي إلى المنازعةِ.

(ولو عيَّنَ قَدْراً لا يَجوزُ لِلمُستَعيرِ أنْ يَرْهَنَهُ بِأكثَرَ منه، ولا بِأقَلَّ منه)؛ لأنَّ التَّقييدَ مُفيدٌ، وهو يَنفي الزِّيادةَ؛ لأنَّ غَرَضَه الاحتباسُ بما تَيَسَّرَ أداؤه، وينفي النُّقصانَ أيضاً؛ لأنَّ غرَضَه أن يَصيرَ مُستوفياً للأكثَرِ بِمُقابلَتِه عندَ الهلاكِ لِيَرجِعَ به عليه.

(وكذلك التَّقييدُ بالجِنْسِ[1] وبالمُرتَهِنِ وبالبلدِ)؛ لأنَّ كلَّ ذلك مُفيدٌ لِتَيسُّرِ البعضِ بالإضافةِ إلى البعضِ، وتَفاوُتِ الأشخاصِ في الأمانةِ والحِفظِ. (فإذا خالَفَ كان ضامِناً، ثمَّ إن شاءَ المُعيرُ):

- (ضَمَّنَ المُستعيرَ، ويَتِمُّ عَقْدُ الرَّهنِ فيما بينه وبين المُرتَهِنِ)؛ لأنَّه مَلَكَه بأداءِ الضَّمانِ، فتبيَّنَ أنَّه رَهَنَ مِلكَ نفسِهِ.

- (وإنْ شاءَ ضَمَّنَ المُرتَهِنَ، ويَرجِعُ المُرتَهِنُ بما ضَمِنَ وبالدَّينِ على الرَّاهنِ)، وقد بيَّنَّاه في الاستحقاق.

(وإنْ وافَقَ) بأنْ رَهَنَه بِمقدارِ ما أمَرَهُ به:

---

(١) بأن قال: ارهنْهُ بالدَّراهمِ، أو بالدَّنانيرِ. بناية.

إن كانت قيمَتُهُ مِثلَ الدَّينِ، أو أكثَرَ، فهَلَكَ عندَ المُرتَهِنِ، يَبْطُلُ المالُ عن الرَّاهنِ ووَجَبَ مِثلُهُ لِرَبِّ الثَّوبِ على الرَّاهِنِ، وإن كانت قِيمَتُهُ أقَلَّ من الدَّينِ ذَهَبَ بِقَدْرِ القيمةِ، وعلى الرَّاهنِ بَقيَّةُ دَينِهِ لِلمُرتَهِنِ، ولو كانت قِيمَتُهُ مِثلَ الدَّينِ، فأرادَ المُعيرُ أنْ يَفْتَكَّهُ جَبْراً عنِ الرَّاهنِ، لم يكنِ لِلمُرتَهِنِ إذا قَضَى دَيْنَهُ أنْ يَمتَنِعَ، بخلافِ الأجنبيِّ إذا قَضَى الدَّينَ. ....

- (إن كانت قيمَتُهُ[1] مِثلَ الدَّينِ، أو أكثَرَ، فهَلَكَ عندَ المُرتَهِنِ، يَبطُلُ المالُ عن الرَّاهنِ)؛ لِتَمام الاستيفاءِ بالهَلاكِ، (ووَجَبَ مِثلُهُ[2] لِرَبِّ الثَّوبِ على الرَّاهِنِ)؛ لأنَّه صار قاضياً دينَهُ بمالِهِ بهذا القَدْرِ، وهو المُوجِبُ لِلرُّجوعِ دونَ القَبضِ بذاتِهِ؛ لأنَّه برضاهُ، وكذلك إن أصابَهُ عيبٌ ذهَبَ من الدَّينِ بحسابِهِ، ووَجَبَ مِثلُهُ لربِّ الثَّوبِ على الرَّاهنِ، على ما بيَّنَّاه[3].

- (وإن كانت قِيمَتُهُ أقَلَّ من الدَّينِ ذَهَبَ بِقَدْرِ القيمةِ، وعلى الرَّاهنِ بَقيَّةُ دَينِهِ لِلمُرتَهِنِ)؛ لأنَّه لم يقعِ الاستيفاءُ بالزِّيادةِ على قيمتِهِ، وعلى الرَّاهنِ لصاحبِ الثَّوبِ ما صار به مُوفياً؛ لِما بيَّنَّاه[4].

(ولو كانت قِيمَتُهُ مِثلَ الدَّينِ، فأرادَ المُعيرُ أنْ يَفْتَكَّهُ جَبْراً عنِ الرَّاهنِ، لم يكنِ لِلمُرتَهِنِ إذا قَضَى دَيْنَهُ أنْ يَمتَنِعَ[5])؛ لأنَّه غيرُ مُتبرِّعٍ، حيثُ يَخلُصُ مِلكُهُ، ولهذا يَرجعُ على الرَّاهنِ بما أدَّى المُعيرُ، فأجبر المُرتَهِنُ على الدَّفعِ.

(بخلافِ الأجنبيِّ إذا قَضَى الدَّينَ)؛ لأنَّه متبرِّعٌ؛ إذ هو لا يسعى في تَخليصِ مِلكِهِ، ولا في تَفريغِ ذمَّتِهِ، فكان للطَّالبِ أن لا يَقبلَه.

---

(١) أي: قيمةُ الذي رهنَهُ. بناية.

(٢) أي: مِثلُ ما تمَّ الاستيفاءُ به بالهَلاكِ، وهو مِقدارُ الدَّينِ المُسمَّى، لا مِثلُ قيمةِ الثَّوبِ إن كانت أكثر. بناية.

(٣) يعني: قوله: «لأنَّه صارَ قاضياً دينَهُ بمالِهِ». عناية.

(٤) يعني: قوله: «لأنَّه صارَ قاضياً دينَهُ بمالِهِ». عناية.

(٥) أي: لم يكن له أن يَمتنِعَ من دفعِ الرَّهنِ إلى المُعيرِ.

ولو هَلَكَ الثَّوبُ العاريَّةُ عندَ الرَّاهنِ قبلَ أنْ يَرهَنَهُ، أو بعدَ ما افتَكَّهُ، فلا ضَمانَ عليه، ولو اختلفا في ذلك فالقَولُ لِلرَّاهِنِ، كما لوِ اختَلَفا في مِقدارِ ما أَمَرَهُ بالرَّهنِ بهِ، فالقَولُ لِلمُعيرِ. ولو رَهَنَهُ المُستعيرُ بِدَينٍ مَوعُودٍ، وهو أنْ يَرْهَنَهُ بِهِ لِيُقرِضَهُ كذا، فَهَلَكَ في يدِ المُرتَهِنِ قبلَ الإقراضِ، والمُسمَّى والقيمةُ سواءٌ، يَضمَنُ قَدْرَ المَوعُودِ المُسمَّى. ....

(ولو هَلَكَ الثَّوبُ العاريَّةُ عندَ الرَّاهنِ قبلَ أنْ يَرهَنَهُ، أو بعدَ ما افتَكَّهُ، فلا ضَمانَ عليه)؛ لأنَّه لا يَصيرُ قاضياً بهذا[1]، وهو[2] المُوجِبُ على ما بيَّنَّا[3].

(ولو اختلفا[4] في ذلك فالقَولُ لِلرَّاهِنِ)؛ لأنَّه يُنكِرُ الإيفاءَ بِدَعواهُ الهلاكَ في هاتَينِ الحالتينِ.

(كما لوِ اختَلَفا[5] في مِقدارِ ما أَمَرَهُ بالرَّهنِ بهِ، فالقَولُ لِلمُعيرِ)؛ لأنَّ القولَ قولُهُ في إنكارِ أصلِهِ، فكذا في إنكار وَصفِهِ[6].

(ولو رَهَنَهُ المُستعيرُ بِدَينٍ مَوعُودٍ، وهو أنْ يَرْهَنَهُ بِهِ لِيُقرِضَهُ كذا، فَهَلَكَ في يدِ المُرتَهِنِ قبلَ الإقراضِ، والمُسمَّى والقيمةُ سواءٌ، يَضمَنُ قَدْرَ المَوعُودِ المُسمَّى)

---

(١) أي: بهذا الرَّهنِ؛ لأنَّ الهلاكَ لم يُوجَد إلَّا والرَّهنُ عاريَّةٌ محضةٌ، فلا يوجَدُ فيه معنى قضاءِ الدَّينِ، فلا يجبُ الضَّمان. بناية.

(٢) أي: قضاءُ الدَّينِ، أو الهلاكُ عندَ المرتهِنِ.

(٣) وهو قوله: لأنَّه صار قاضياً دينَهُ. بناية.

(٤) أي: لو اختلف المُعيرُ والمُستعيرُ، فقال المُعيرُ: هلكَ في يدِ المرتَهِنِ، وقال المستعيرُ، وهو الرَّاهنُ: هلك قبل أن أرهَنَه، أو بعدما افتكَّه. بناية.

(٥) في العناية: «ولو اختلفا» هكذا في نسخةِ قراءتي على الشَّيخ رَحِمَهُ اللَّهُ، وقد وقَعَ في النُّسخِ «كما لو اختلفا»، قال في النِّهايةِ وغيرِهِ من الشُّروح: ليس بصحيحٍ، والصَّوابُ بالواو؛ لأنَّ في لفظِ «كما» يَختلِفُ الغَرَضُ، إذ في الأوَّلِ القولُ لِلرَّاهِنِ، وهو المُستعيرُ، وفي الثَّاني لِلمُعيرِ، فكيف يَصحُّ التَّشبيه. اهـ.

(٦) أي: القولُ قولُهُ في إنكارِ عقدِ العاريَّةِ، فكذا في إنكارِ وَصفِ عقدِ العاريَّةِ من الزِّيادةِ والنُّقصانِ. بناية.

ولو كانت العارِيَّةُ عبداً فأعتَقَهُ المُعيرُ جاز، ثمَّ المُرتَهِنُ بالخيار: إنْ شاءَ رَجَعَ بالدَّينِ على الرَّاهنِ، وإنْ شاءَ ضَمَّنَ المُعيرَ قِيمَتَهُ، وتكونُ رهناً عنده إلى أنْ يَقبِضَ دَيْنَهُ فَيَرُدَّها إلى المُعيرِ. ولو استعارَ عبداً أو دابَّةً لِيَرهَنَهُ، فاستَخْدَمَ العبدَ أو رَكِبَ الدَّابَّةَ قبلَ أن يَرْهَنَهُما، ثمَّ رَهَنَهُما بمالٍ مثلِ قِيمَتِهِما، ثمَّ قَضَى المالَ، فلم يَقبِضْهُما حتَّى هلكا عندَ المُرتَهِنِ، فلا ضمانَ على الرَّاهنِ، ....

لِما بيَّنَّا[1] أنَّه[2] كالموجودِ، ويَرجِعُ المُعيرُ على الرَّاهنِ بمثلِهِ[3]؛ لأنَّ سلامَةَ ماليَّةِ الرَّهنِ باستيفائِهِ من المُرتَهِنِ، كسلامتِهِ ببراءةِ ذمَّتِهِ عنه.

(ولو كانت العارِيَّةُ عبداً فأعتَقَهُ المُعيرُ جاز)؛ لقيامِ مِلكِ الرَّقبةِ، (ثمَّ المُرتَهِنُ بالخيار):

- (إنْ شاءَ رَجَعَ بالدَّينِ على الرَّاهنِ)؛ لأنَّه لم يَستوفِهِ.

- (وإنْ شاءَ ضَمَّنَ المُعيرَ قِيمَتَهُ)؛ لأنَّ الحقَّ قد تعلَّقَ بِرقبتِهِ برضاه، وقد أتلَفَهُ بالإعتاق، (وتكونُ رهناً عنده إلى أنْ يَقبِضَ دَيْنَهُ فَيَرُدَّها إلى المُعيرِ)؛ لأنَّ استردادَ القيمةِ كاستردادِ العَينِ[4].

(ولو استعارَ عبداً أو دابَّةً لِيَرهَنَهُ، فاستَخْدَمَ العبدَ أو رَكِبَ الدَّابَّةَ قبلَ أن يَرْهَنَهُما، ثمَّ رَهَنَهُما بمالٍ مثلِ قِيمَتِهِما، ثمَّ قَضَى المالَ، فلم يَقبِضْهُما حتَّى هلكا عندَ المُرتَهِنِ، فلا ضمانَ على الرَّاهنِ)؛ لأنَّه قد بَرِئَ من الضَّمان حين رَهَنَهُما، فإنَّه كان أميناً خالَفَ ثمَّ عادَ إلى الوِفاق.

---

(١) أشار به إلى ما ذكر في باب ما يجوزُ ارتهانُهُ، عند قوله: «والرَّهنُ بالدَّركِ باطلٌ»، بقوله: لأنَّ الموعودَ جُعِل كالموجود. بناية.

(٢) أي: الموعودُ به.

(٣) أي: بمثل قَدْرِ الموعودِ المسمَّى.

(٤) يعني: أنَّ المُرتَهِنَ استرَدَّ قيمةَ الرَّهنِ من المُعيرِ، واستردادُ القيمةِ كاستردادِ العين، ولو استَرَدَّ العَينَ ثمَّ استوفى دَينَهُ من الرَّاهنِ، وجَبَ عليه ردُّ العَينِ، فكذلك ردُّ قيمتِهِ. عناية.

وكذا إذا افتكَّ الرَّهنَ ثُمَّ رَكِبَ الدَّابَّةَ أو استَخْدَمَ العبدَ فلم يَعْطَبْ، ثمَّ عَطِبَ بعد ذلك من غيرِ صُنْعِهِ، لا يَضْمَنُ. وجِنايةُ الرَّاهِنِ على الرَّهنِ مَضمُونَةٌ، وجِنايةُ المُرتَهِنِ عليه تُسقِطُ مِنْ دَينِهِ بِقَدْرِها، ....

(وكذا إذا افتكَّ الرَّهنَ ثُمَّ رَكِبَ الدَّابَّةَ أو استَخْدَمَ العبدَ فلم يَعْطَبْ، ثمَّ عَطِبَ بعد ذلك من غيرِ صُنْعِهِ، لا يَضْمَنُ)؛ لأنَّه بعدَ الفَكاكِ بمنزلةِ المُودَعِ، لا بِمَنزلةِ المُستعيرِ؛ لانتهاءِ حُكمِ الاستعارةِ بالفَكاكِ، وقد عادَ إلى الوِفاقِ فَيَبرأ عن الضَّمانِ، وهذا بخلافِ المُستعيرِ[1]؛ لأنَّ يدَهُ[2] يدُ نفسِهِ، فلا بدَّ من الوصولِ إلى يدِ المالِكِ، أمَّا المُستعيرُ في الرَّهنِ فَيُحصِّلُ مَقصودَ الآمِرِ، وهو الرُّجوعُ عليه عند الهلاكِ وتَحقُّقِ الاستيفاءِ.

قال: (وجِنايةُ الرَّاهِنِ على الرَّهنِ مَضمُونَةٌ)؛ لأنَّه تفويتُ حقٍّ لازِمٍ[3] مُحترَمٍ[4]، وتَعلُّقُ مثلِهِ بالمالِ يَجعَلُ المالِكَ كالأجنبيِّ في حقِّ الضَّمانِ، كتَعلُّقِ حقِّ الورثةِ بمالِ المريضِ مَرَضَ الموتِ، يَمنَعُ نَفاذَ تَبرُّعِهِ فيما وراءَ الثُّلُثِ، والعبدُ المُوصَى بخدمتِهِ إذا أتلَفَه الوَرثةُ، ضَمِنُوا قيمَتَهُ لِيُشترى بها عبدٌ يَقومُ مَقامَهُ.

قال: (وجِنايةُ المُرتَهِنِ عليه[5] تُسقِطُ مِنْ دَينِهِ بِقَدْرِها)، ومعناه: أنْ يكونَ الضَّمانُ على صفةِ الدَّينِ[6]، وهذا[7] لأنَّ العينَ مِلكُ المالِكِ، وقد تَعدَّى عليه المُرتَهِنُ فَيَضمَنُه لمالكِهِ.

---

(١) أي: بخلافِ المستعيرِ غير الرَّاهن، حيثُ لا يبرأُ عن الضَّمانِ إذا خالف ثمَّ عادَ إلى الوِفاقِ، ما لم يردَّ العينَ إلى مالِكِها. بناية.

(٢) أي: يد المستعير.

(٣) المراد باللازِمِ ما لا يقدِرُ على إسقاطِهِ بانفرادِهِ. بناية.

(٤) المراد بالمحتَرَم أنَّ غيرَهُ ممنوعٌ عن إبطاله.

(٥) أي: على الرَّهن.

(٦) يعني: من جنسِهِ جودةً ورداءةً.

(٧) أي: السُّقوطُ من دينِ المرتهنِ بقَدْرِها. بناية.

وجِنايةُ الرَّهنِ على الرَّاهِنِ والمُرتَهِنِ وعلى مالِهِما هَدْرٌ. ....

قال: (وجِنايةُ الرَّهنِ على الرَّاهِنِ والمُرتَهِنِ وعلى مالِهِما هَدْرٌ)، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: جِنايتُه على المُرتَهِنِ مُعتَبَرةٌ.

والمرادُ بالجنايةِ على النَّفسِ ما يُوجِبُ المالَ[١]، أمَّا الوِفاقيَّةُ[٢] فلأنَّها جنايةُ المَملُوكِ على المالِكِ؛ ألا ترى أنَّه لو مات[٣] كان الكفنُ عليه[٤].

بخلافِ جنايةِ المَغصوبِ على المَغصوبِ منه؛ لأنَّ المِلكَ عند أداءِ الضَّمانِ يَثبُتُ لِلغاصِبِ مُستنِداً، حتَّى يكونُ الكفنُ عليه، فكانت جنايةً على غيرِ المالكِ، فاعتُبِرَت.

ولهما في الخِلافيَّة: أنَّ الجنايةَ حصَلَتْ على غيرِ مالِكِهِ، وفي الاعتبارِ فائدةٌ، وهو دَفْعُ العبدِ إليه بالجنايةِ، فَتُعتَبَرُ، ثمَّ إن شاء الرَّاهنُ والمُرتَهِنُ أبطلا الرَّهنَ ودَفَعاه بالجنايةِ إلى المُرتَهِنِ، وإن قال المُرتَهِنُ: لا أطلُبُ الجنايةَ، فهو رَهنٌ على حاله.

وله: أنَّ هذه الجنايةَ لو اعتَبَرناها لِلمُرتَهِنِ كان عليه[٥] التَّطهيرُ من الجِنايةِ[٦]؛ لأنَّها حصلت في ضَمانِهِ، فلا يُفيدُ وُجوبَ الضَّمانِ له مع وُجوبِ التَّخليصِ عليه.

وجِنايتُهُ على مالِ المُرتَهِنِ لا تُعتَبَرُ بالاتِّفاقِ إذا كانت قِيمَتُهُ والدَّينُ سواءً؛ لأنَّه لا فائدةَ في اعتبارِها؛ لأنَّه لا يَتمَلَّكُ العبدَ، وهو الفائدةُ.

---

(١) يعني: أن تكونَ الجنايةُ في النَّفسِ، أو ما دُونَها خَطأً، أمَّا ما يُوجِبُ القِصاصَ فهو مُعتَبَرٌ بالإجماع. عناية.

(٢) يعني: أمَّا وجهُ المسألةِ التي اتَّفقوا في حُكمِها، وهي أنَّ جنايةَ الرَّهنِ على الرَّاهنِ هَدْرٌ. عناية.

(٣) أي: العبدُ الرَّهنُ.

(٤) أي: على مولاه.

(٥) أي: على المرتهنِ. بناية.

(٦) يعني: هو مخاطبٌ أيضاً بالدَّفعِ أو الفداء كالرَّاهن. بناية.

وَمَنْ رَهَنَ عبداً يساوي ألفاً بألفٍ إلى أجلٍ، فَنَقَصَ في السِّعرِ، فَرَجَعَتْ قيمَتُهُ إلى مائةٍ، ثمَّ قتَلَهُ رجلٌ وغَرِمَ قِيمَتَهُ مائةً، ثمَّ حَلَّ الأجلُ، فإنَّ المُرتَهِنَ يَقبِضُ المائةَ قَضاءً عن حقِّهِ، ولا يَرجِعُ على الرَّاهِنِ بِشَيءٍ، ....

وإن كانت القيمةُ أكثَرَ من الدَّينِ[1]، فعن أبي حنيفة: أنَّه يُعتَبَرُ بِقَدْرِ الأمانةِ[2]؛ لأنَّ الفَضلَ ليس في ضَمانِهِ، فأشبَهَ جنايةَ العبدِ الوديعةِ على المُستودَعِ.

وعنه: أنَّها لا تُعتَبَرُ؛ لأنَّ حُكمَ الرَّهنِ - وهو الحَبسُ فيه - ثابتٌ، فصار كالمضمون.

وهذا[3] بخلافِ جنايةِ الرَّهنِ على ابنِ الرَّاهنِ أو ابنِ المُرتَهِنِ؛ لأنَّ الأملاك[4] حقيقةٌ متباينةٌ، فصار كالجنايةِ على الأجنبيِّ.

قال: (ومَنْ رَهَنَ عبداً يساوي ألفاً بألفٍ إلى أجلٍ، فَنَقَصَ في السِّعرِ، فَرَجَعَتْ قيمَتُهُ إلى مائةٍ، ثمَّ قتَلَهُ رجلٌ وغَرِمَ قِيمَتَهُ مائةً، ثمَّ حَلَّ الأجلُ، فإنَّ المُرتَهِنَ يَقبِضُ المائةَ قَضاءً عن حقِّهِ، ولا يَرجِعُ على الرَّاهِنِ بِشَيءٍ).

وأصلُهُ: أنَّ النُّقصانَ من حيثُ السِّعرُ لا يُوجِبُ سُقوطَ الدَّينِ عندنا، خلافاً لزفر، وهو يقول: إنَّ الماليَّةَ قد انتقَصَتْ، فأشبَهَ انتقاصَ العَينِ.

ولنا: أنَّ نُقصانَ السِّعرِ عبارةٌ عن فُتُورِ رَغباتِ النَّاسِ، وذلك لا يُعتَبَرُ في البيعِ، حتَّى لا يَثبُتُ به الخيارُ، ولا في الغَصبِ حتَّى لا يَجِبُ الضَّمانُ.

بخلاف نُقصانِ العَينِ؛ لأنَّ بِفَواتِ جُزءٍ منه يَتقرَّرُ الاستيفاءُ فيه؛ إذِ اليدُ يدُ الاستيفاءِ، وإذا لم يَسقُطْ شيءٌ من الدَّينِ بِنُقصانِ السِّعرِ، بَقِيَ مَرهوناً بكلِّ الدَّينِ، فإذا قَتَلَهُ حُرٌّ غَرِمَ قيمَتَهُ مائةً؛ لأنَّه تُعتَبَرُ قيمَتُهُ يومَ الإتلافِ في ضمانِ

---

(١) بأن كانت القيمةُ ألفين، والدَّين ألفاً.

(٢) أي: أنَّ حكمَ الجنايةِ يثبتُ في مقدارِ الأمانة. بناية.

(٣) أي ما ذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرا. عناية.

(٤) لأن الأملاك بين الأب والابن حقيقة متباينة. عناية.

وإنْ كان أمَرَهُ الرَّاهنُ أنْ يَبِيعَهُ، فَباعَهُ بِمائةٍ وقَبَضَ المائةَ قضاءً من حقِّهِ، فَيَرجِعُ بِتسعِمائةٍ، وإنْ قَتَلَهُ عبدٌ قيمتُهُ مائةٌ، فَدُفِعَ مكانَهُ، افتكَّهُ بِجَميعِ الدَّينِ. ....

الإتلافِ؛ لأنَّ الجابرَ بِقَدْرِ الفائتِ، وأخذَهُ المرتَهِنُ؛ لأنَّه بدَلُ الماليَّةِ في حقِّ المُستحِقِّ وإنْ كان مُقابَلاً بالدَّم على أصلنا، حتَّى لا يُزادُ على ديةِ الحُرِّ؛ لأنَّ المولى استَحَقَّهُ بسببِ الماليَّةِ[1]، وحقُّ المُرتَهِنِ متعلِّقٌ بالماليَّةِ، فكذا فيما قام مَقامَهُ، ثمَّ لا يَرجِعُ على الرَّاهنِ بشيءٍ؛ لأنَّ يدَ الرَّهنِ يدُ الاستيفاءِ من الابتداءِ، وبالهلاكِ يَتقرَّرُ، وقيمَتُهُ كانت في الابتداءِ ألفاً فيصيرُ مستوفياً للكلِّ من الابتداء.

أو نقول: لا يُمكِنُ أن يُجعَلَ مُستوفياً الألفَ بمائةٍ[2]؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى الرِّبا، فَيَصيرُ مُستوفياً المائةَ وبَقِيَ تِسعُمائةٍ في العينِ، فإذا هَلَكَ يصيرُ مستوفياً تِسعَمائةٍ بالهلاك.

بخلافِ ما إذا ماتَ من غيرِ قتلِ أحدٍ؛ لأنَّه يصيرُ مستوفياً الكلَّ بالعبدِ؛ لأنَّه لا يُؤدِّي إلى الرِّبا.

قال: (وإنْ كان أمَرَهُ الرَّاهنُ أنْ يَبِيعَهُ، فَباعَهُ بِمائةٍ وقَبَضَ المائةَ قضاءً من حقِّهِ، فَيَرجِعُ بِتسعِمائةٍ)؛ لأنَّه لمَّا باعَهُ بإذنِ الرَّاهنِ صارَ كأنَّ الرَّاهنَ استرَدَّهُ وباعَهُ بنفسِهِ، ولو كان كذلك يَبطُلُ الرَّهنُ ويَبقى الدَّينُ إلَّا بِقَدْرِ ما استوفى، وكذا هذا.

قال: (وإنْ قَتَلَهُ عبدٌ قيمتُهُ مائةٌ، فَدُفِعَ مكانَهُ، افتكَّهُ[3] بِجميعِ الدَّينِ)، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: هو بالخيارِ: إن شاء افتكَّهُ بجميعِ الدَّينِ، وإن شاءَ سَلَّمَ العبدَ المَدفوعَ إلى المُرتَهِنِ بمالِهِ.

---

(١) دليلُ قولِهِ: «لأنَّه بدَلُ الماليَّةِ في حقِّ المُستحِقِّ». عناية.

(٢) أي: لا يُمكِنُ أن يُجعَلَ المُرتهِنُ مُستوفياً لألفِ الدَّينِ بالمائة التي غَرِمَها الحُرُّ بِقَتلِ الرَّهنِ، وجُعِلَت رَهناً مكانَهُ.

(٣) أي: الرَّاهنُ. بناية.

وقال زفر: يصيرُ رَهْناً بمائةٍ. له: أنَّ يدَ الرَّهنِ يدُ استيفاءٍ، وقد تَقرَّرَ بالهلاكِ، إلَّا أنَّه أخلَفَ بدلاً بِقَدْرِ العُشرِ، فيبقى الدَّين بِقَدْرِهِ.

ولأصحابنا على زفر: أنَّ العبدَ الثَّاني قائمٌ مَقامَ الأوَّلِ لحماً ودماً[1]، ولو كان الأوَّلُ قائماً وانتَقَصَ السِّعرُ لا يَسقُطُ شيءٌ من الدَّينِ عندنا؛ لما ذكرنا[2]، فكذلك إذا قامَ المَدفوعُ مَكانَهُ.

ولمحمد في الخيار: أنَّ المَرهونَ تَغيَّرَ في ضَمانِ المُرتَهِنِ[3]، فَيُخيَّرُ الرَّاهنُ، كالمبيعِ إذا قُتِلَ قبلَ القَبضِ، والمَغصوبِ إذا قُتِلَ في يدِ الغاصِبِ[4] يُخيَّرُ المشتري والمَغصوبُ منه، كذا هذا.

ولهما: أنَّ التَّغيُّرَ لم يَظهَرْ في نَفسِ العبدِ لِقيامِ الثَّاني مَقامَ الأوَّلِ لحماً ودماً، كما ذكرناه مع زفر، وعينُ الرَّهنِ أمانةٌ عندنا، فلا يَجوزُ تَمليكُهُ منه بغيرِ رضاهُ، ولأنَّ جَعْلَ الرَّهنِ بالدَّينِ حُكمٌ جاهليٌّ، وأنَّه منسوخٌ[5].

بخلافِ البيعِ؛ لأنَّ الخيارَ فيه حُكمُهُ الفَسْخُ، وهو مشروعٌ. وبخلافِ الغَصبِ؛ لأنَّ تَملُّكَهُ بأداءِ الضَّمانِ مشروعٌ.

ولو كان العبدُ تراجَعَ سِعرُهُ حتَّى صارَ يساوي مائةً، ثمَّ قتَلَه عبدٌ يساوي مائةً، فَدُفِعَ به، فهو على هذا الخلاف.

---

(١) يعني: صورةً ومعنى، أمَّا صورةً فظاهرٌ، وأمَّا معنى فلأنَّ القاتلَ كالمقتول في الآدميَّةِ، والشَّرعُ اعتَبَرَهُ جزءاً من حيثُ الآدميَّةُ دونَ الماليَّةِ، ألا ترى إلى استوائِهِما في حَقِّ القَصاص، فكذا في حقِّ الدَّفعِ أيضاً. عناية.

(٢) إشارةٌ إلى قوله: «ولنا: أنَّ نُقصانَ السِّعرِ عبارةٌ عن فُتورِ رَغباتِ النَّاسِ ...» إلخ. عناية.

(٣) لأنَّه غيرُهُ في الحقيقةِ، والتَّغيُّرُ لا بدَّ من أن يُوجِبَ الخيار. بناية.

(٤) يعني: إذا قَتَلَهما عبدٌ ودُفِعَ مكانَهُما، فإنَّ المشتري يَتخيَّرُ بين أن يأخذَهُ بكلِّ الثَّمنِ وبينَ أن يَفسَخَ البيعَ؛ لِتَغيُّرِ المَبيعِ، وفي الغصب يَتخيَّرُ المَغصوبُ منه بينَ أن يأخُذَ المدفوعَ مكانَهُ، وبينَ أن يُطالِبَ الغاصبَ بقيمةِ المقتولِ. عناية.

(٥) يعني: بقوله ﷺ: «لا يَغلَقُ الرَّهن ثلاثاً»، وقد تقدَّم في ص (٣٥٧).

وإذا قتَلَ العبدُ الرَّهنُ قتيلاً خطأً، فَضَمانُ الجِنايةِ على المُرتَهِنِ، وليس له أنْ يَدْفَعَ، ولو فَدَى طَهُرَ المَحَلُّ، فَبَقِي الدَّينُ على حالِهِ، ولا يَرجِعُ على الرَّاهنِ بشيءٍ من الفِداءِ، ولو أبى المُرتَهِنُ أنْ يَفدِيَ، قيل لِلرَّاهِنِ: «ادفَعِ العبدَ، أو افدِهِ بالدِّيَةِ»، فإذا امتَنَعَ عن الفِداءِ يُطالَبُ الرَّاهِنُ بِحُكمِ الجِنايةِ، ومِنْ حُكمِها التَّخييرُ، فإنِ اختارَ الدَّفعَ سَقَطَ الدَّينُ، وكذلك إنْ فَدَى.

(وإذا قتَلَ العبدُ الرَّهنُ قتيلاً خطأً، فَضَمانُ الجِنايةِ على المُرتَهِنِ[1]، وليس له أنْ يَدْفَعَ[2])؛ لأنَّه لا يَملِكُ التَّمليكَ، (ولو فَدَى طَهُرَ المَحَلُّ[3]، فَبَقِي الدَّينُ على حالِهِ، ولا يَرجِعُ على الرَّاهنِ بشيءٍ من الفِداءِ)؛ لأنَّ الجنايةَ حصلَتْ في ضمانِهِ، فكان عليه إصلاحُها.

(ولو أبى المُرتَهِنُ أنْ يَفدِيَ، قيل لِلرَّاهِنِ: ادفَعِ العبدَ، أو افدِهِ بالدِّيَةِ)؛ لأنَّ المِلكَ في الرَّقبةِ قائمٌ له، وإنَّما إلى المُرتَهِنِ الفِداءُ لقيامِ حقِّه.

(فإذا امتَنَعَ عن الفِداءِ يُطالَبُ الرَّاهِنُ بِحُكمِ الجِنايةِ، ومِنْ حُكمِها التَّخييرُ) بينَ الدَّفعِ والفداءِ، (فإنِ اختارَ الدَّفعَ سَقَطَ الدَّينُ)؛ لأنَّه استُحِقَّ لمعنى في ضَمانِ المُرتَهِنِ، فصار كالهلاكِ، (وكذلك إنْ فَدَى)؛ لأنَّ العبدَ كالحاصِلِ له بِعِوَضٍ كان على المُرتَهِنِ، وهو الفِداءُ.

بخلافِ وَلَدِ الرَّهنِ إذا قَتَلَ إنساناً أو استَهلَكَ مالاً، حيثُ يُخاطَبُ الرَّاهنُ بالدَّفعِ أو الفِداءِ في الابتداءِ؛ لأنَّه غيرُ مَضمونٍ على المُرتَهِنِ، فإن دَفَعَ خَرَجَ من الرَّهن، ولم يَسقُطْ شيءٌ من الدَّين، كما لو هلَكَ في الابتداء، وإن فَدَى فهو رَهْنٌ مع أمِّهِ على حالهما.

---

(١) يعني: إذا كانت القيمةُ والدَّينُ سواءً، أمَّا إذا كانت القيمةُ أكثَرَ فسيأتي، وإنَّما كانت الجنايةُ عليه لأنَّ العبدَ في ضمانه. عناية.

(٢) أي: ليس للمرتَهِنِ أن يدفَعَ العبدَ.

(٣) أي: لو فدى المرتَهِنُ العبدَ، طهر العبد عن الجنايةِ.

ولوِ استَهلَكَ العبدُ المَرهونُ مالاً يَستَغرِقُ رَقَبَتَهُ، فإنْ أدَّى المُرتَهِنُ الدَّينَ الذي لَزِمَ العبدَ، فَدَينُهُ على حالِهِ كما في الفِداءِ، وإنْ أبى قيل لِلرَّاهِنِ: «بِعْهُ في الدَّينِ»، إلَّا أن يَختارَ أن يُؤدِّيَ عنه، فإن أدَّى بَطَلَ دَيْنُ المُرتَهِنِ، وإنْ لم يُؤدِّ وبِيعَ العبدُ فيه، يأخُذُ صاحِبُ دَينِ العبدِ دَينَهُ، فإنْ فَضَلَ شيءٌ ودَينُ غريمِ العبدِ مِثلُ دينِ المُرتَهِنِ أو أكثَرُ، فالفَضلُ لِلرَّاهِنِ، وبَطَلَ دَينُ المُرتَهِنِ، ....

(ولوِ استَهلَكَ العبدُ المَرهونُ مالاً يَستَغرِقُ رَقَبَتَهُ، فإنْ أدَّى المُرتَهِنُ الدَّينَ الذي لَزِمَ العبدَ، فَدَينُهُ على حالِهِ كما في الفِداءِ، وإنْ أبى قيل لِلرَّاهِنِ: بِعْهُ في الدَّينِ، إلَّا أن يَختارَ أن يُؤدِّيَ عنه، فإن أدَّى بَطَلَ دَيْنُ المُرتَهِنِ) كما ذكرنا في الفداء.

(وإنْ لم يُؤدِّ وبِيعَ العبدُ فيه، يأخُذُ صاحِبُ دَينِ العبدِ دَينَهُ)؛ لأنَّ دينَ العبدِ مُقدَّمٌ على دَينِ المُرتَهِنِ وحقِّ وليِّ الجنايةِ[1]؛ لِتقدُّمِهِ على حقِّ المولى[2].

(فإنْ فَضَلَ شيءٌ ودَينُ غَريمِ العبدِ مِثلُ دَينِ المُرتَهِنِ أو أكثَرُ، فالفَضلُ لِلرَّاهِنِ، وبَطَلَ دَينُ المُرتَهِنِ)؛ لأنَّ الرَّقبَةَ استُحِقَّتْ لِمَعنىً، هو في ضَمانِ المُرتَهِنِ، فأشبَهَ الهلاكَ[3].

---

(١) بالجرِّ معطوفٌ على «دين المُرتَهِن»، يعني: أنَّ دينَ العبدِ مقدَّمٌ على دينِ المُرتَهِنِ وعلى حقِّ وليِّ الجنايةِ أيضاً، حتَّى لو جنى العبدُ المديونُ دُفِعَ إلى وليِّ الجنايةِ، ثمَّ يُباعُ لِلغُرماءِ على ما يأتي في الدِّيات. عناية.

(٢) أي: لِتقدُّمِ دَينِ العبدِ على حَقِّ المولى، وإذا كان مُقدَّماً على حَقِّ المولى، كان مُقدَّماً على حقِّ مَن يَقومُ مَقامَهُ، وهو المُرتَهِنُ ووليُّ الجنايةِ، فإنَّ المُرتَهِنَ يقومُ مَقامَ المولى في الماليَّةِ ووليِّ الجنايةِ في مِلكِ العَينِ. عناية.

(٣) أي: هلاكَ العبدِ، حيثُ يبطُلُ دينُ المرتَهِنِ به. بناية.

وإنْ كان دَينُ العَبدِ أقلَّ، سَقَطَ مِنْ دَينِ المُرتَهِنِ بِقَدْرِ دَينِ العَبدِ، وما فَضَلَ مِنْ دَينِ العبدِ يَبقَى رَهناً كما كان، ثمَّ إن كان دَينُ المُرتَهِنِ قد حَلَّ أخَذَهُ به، وإنْ كان لم يَحِلَّ أمسَكَهُ حتَّى يَحِلَّ، وإنْ كانَ ثَمَنُ العبدِ لا يَفِي بِدَينِ الغَرِيمِ أخَذَ الثَّمَنَ، ولم يَرجِعْ بما بقي على أحدٍ حتَّى يَعتِقَ العبدُ، ثمَّ إذا أدَّى بعدَهُ لا يَرجِعُ على أحدٍ. وإنْ كانت قِيمَةُ العبدِ ألفينِ، وهو رَهْنٌ بألفٍ، وقد جَنَى العبدُ، يقال لهما: «افدِيَاهُ»، .....

(وإنْ كان دَينُ العَبدِ أقلَّ، سَقَطَ مِنْ دَينِ المُرتَهِنِ بِقَدْرِ دَينِ العَبدِ، وما فَضَلَ مِنْ دَينِ العبدِ يَبقَى رَهناً كما كان، ثمَّ إن كان دَينُ المُرتَهِنِ قد حَلَّ أخَذَهُ به[1])؛ لأنَّه من جِنسِ حقِّهِ، (وإنْ كان لم يَحِلَّ أمسَكَهُ حتَّى يَحِلَّ).

(وإنْ كانَ ثَمَنُ العبدِ لا يَفِي بِدَينِ الغَرِيمِ أخَذَ الثَّمَنَ، ولم يَرجِعْ بما بقي[2] على أحدٍ حتَّى يَعتِقَ العبدُ[3])؛ لأنَّ الحقَّ في دَينِ الاستهلاكِ يَتعَلَّقُ برقبتِهِ، وقد استوفيت، فيتأخَّرُ[4] إلى ما بعدَ العتقِ.

(ثمَّ إذا أدَّى بعدَهُ لا يَرجِعُ[5] على أحدٍ)؛ لأنَّه وجبَ عليه بفعلِهِ.

(وإنْ كانت قِيمَةُ العبدِ ألفينِ وهو رَهْنٌ بألفٍ، وقد جَنَى العبدُ، يقال لهما: افدِيَاهُ)؛ لأنَّ النِّصفَ منه مَضمونٌ، والنِّصفَ أمانةٌ، والفِداءُ في المَضمونِ على المُرتَهِنِ، وفي الأمانةِ على الرَّاهِنِ، فإن أجمعا على الدَّفعِ دَفَعَاه وبَطَلَ دَينُ المُرتَهِنِ، والدَّفعُ لا يجوزُ في الحقيقةِ من المُرتَهِنِ لِما بيَّنَّا[6]، وإنَّما منه[7] الرِّضى به.

(١) أي: بدينِهِ.

(٢) أي: بما بقي من دَينِهِ.

(٣) فإذا أعتِقَ رجع عليه. بناية.

(٤) أي: الدَّينُ الباقي. بناية.

(٥) أي: العبدُ.

(٦) إشارةٌ إلى قوله: لأنَّه لا يَملِكُ التَّمليك. عناية.

(٧) أي: من المرتَهِنِ الرِّضى بالدَّفعِ.

فإنْ تَشاحَّا، فالقولُ لِمَنْ قال: «أنا أفدي» راهناً كان أو مُرتَهِناً، ويكونُ المُرتَهِنُ في الفِداءِ مُتطوِّعاً في حِصَّةِ الأمانةِ، حتَّى لا يَرجِعُ على الرَّاهِنِ، ولو أبى المُرتَهِنُ أن يَفدِيَ وفَداهُ الرَّاهنُ، فإنَّه يَحتَسِبُ على المُرتَهِنِ نِصفَ الفِداءِ مِنْ دَينِهِ، ......

(فإنْ تَشاحَّا[1] فالقولُ لِمَنْ قال: «أنا أفدي» راهناً كان أو مُرتَهِناً):

- أمَّا المُرتَهِنُ فلأنَّه ليس في الفِداءِ إبطالُ حقِّ الرَّاهنِ، وفي الدَّفعِ الذي يَختارُهُ الرَّاهنُ إبطالُ حقِّ المُرتَهِنِ، وكذا في جنايةِ ولَدِ الرَّهنِ إذا قال المُرتَهِنُ: «أنا أفدي» له ذلك وإنْ كان المالِكُ يَختارُ الدَّفعَ؛ لأنَّه إن لم يكن مَضموناً فهو مَحبوسٌ بِدَينِهِ وله في الفِداءِ غَرَضٌ صحيحٌ، ولا ضَرَرَ على الرَّاهنِ، فكان له أن يفدي.

- وأمَّا الرَّاهنُ فلأنَّه ليس لِلمرتَهِنِ وِلايةُ الدَّفعِ؛ لِما بيَّنَّا[2]، فكيف يختارُهُ.

(ويكونُ المُرتَهِنُ في الفِداءِ مُتطوِّعاً في حِصَّةِ الأمانةِ، حتَّى لا يَرجِعُ على الرَّاهنِ)؛ لأنَّه يُمكِنُه أن لا يَختارَهُ فَيُخاطَبُ الرَّاهنُ، فلمَّا التزَمَه - والحالَةُ هذه - كان مُتبرِّعاً، وهذا على ما رُوي عن أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ أنَّه لا يَرجِعُ مع الحُضورِ[3]، وسنبيِّنُ القولين إن شاء الله تعالى.

(ولو أبى المُرتَهِنُ أن يَفدِيَ وفَداهُ الرَّاهنُ، فإنَّه يَحتَسِبُ على المُرتَهِنِ نِصفَ الفِداءِ مِنْ دَينِهِ)؛ لأنَّ سُقوطَ الدَّينِ أمرٌ لازمٌ[4]، فَدَى أو دَفَع، فلم يُجعَلِ الرَّاهنُ في الفداءِ مُتطوِّعاً.

ثمَّ يُنظَر: إن كان نِصفُ الفِداءِ مِثلَ الدَّينِ أو أكثرَ بَطَلَ الدَّينُ، وإنْ كان أقلَّ سَقَطَ من الدَّينِ بِقَدْرِ نصفِ الفداءِ، وكان العبدُ رهناً بما بقي؛ لأنَّ الفِداءَ في نِصفٍ كان

---

(١) أي: الرَّاهن والمرتَهِنُ، بأن اختارَ الرَّاهنُ الفِداءَ والمُرتَهِنُ الدَّفعَ، أو بالعكس، فالمُعتَبَرُ هو الفداء.

(٢) من أنَّ الرَّقبةَ ليست له، فكيف يُملِّكُها من غيره. بناية.

(٣) أي: مع حضور الرَّاهن.

(٤) يعني: أنَّ الرَّاهنَ إذا خُوطِبَ فلا بدَّ له من أحدهما، وأيُّهما كان سَقَطَ الدَّينُ، فلم يُجعلِ الرَّاهنُ في الفداءِ بِقَدْرِ الدَّينِ مُتطوِّعاً. عناية.

ولو كان المُرتَهِنُ فَدَى والرَّاهِنُ حاضرٌ فهو مُتطوِّعٌ، وإن كان غائباً لم يكنْ مُتطوِّعاً. وإذا ماتَ الرَّاهنُ، باعَ وَصِيُّهُ الرَّهنَ وقَضَى الدَّينَ، وإنْ لم يكنْ له وَصِيٌّ نَصَبَ القاضي له وَصِيّاً وأمَرَهُ بِبَيعِهِ. ....

عليه، فإذا أدَّاه الرَّاهنُ - وهو ليس بِمُتطوِّع- كان له الرُّجوعُ عليه، فيصيرُ قِصاصاً بِدَينِهِ كأنَّه أوفى نِصفَهُ، فيبقى العبدُ رهناً بما بقي.

(ولو كان المُرتَهِنُ فَدَى والرَّاهِنُ حاضرٌ فهو مُتطوِّعٌ، وإن كان غائباً[1] لم يكنْ مُتطوِّعاً)، وهذا قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رَحِمَهُمُ اللَّهُ: المُرتَهِنُ مُتطوِّعٌ في الوَجهين؛ لأنَّه فَدَى مِلكَ غيرِهِ بغيرِ أمرِهِ، فأشبَهَ الأجنبيَّ.

وله: أنَّه إذا كان الرَّاهنُ حاضراً أمكَنَهُ مُخاطَبَتُهُ، فإذا فَداهُ المُرتَهِنُ فقد تبرَّعَ كالأجنبيِّ، فأمَّا إذا كان الرَّاهنُ غائباً تَعذَّرَ مُخاطَبَتُهُ، والمُرتَهِنُ يَحتاجُ إلى إصلاحِ المَضمونِ، ولا يُمكِنُهُ ذلك إلَّا بإصلاحِ الأمانةِ، فلا يكونُ مُتبرِّعاً.

قال: (وإذا ماتَ الرَّاهنُ، باعَ وَصِيُّهُ الرَّهنَ وقَضَى الدَّينَ)؛ لأنَّ الوَصِيَّ قائمٌ مَقامَهُ، ولو تولَّى المُوصِي حيّاً[2] بنفسِهِ كان له وِلايةُ البيعِ بإذنِ المُرتَهِنِ، فكذا لِوَصيِّهِ.

(وإنْ لم يكنْ له وَصِيٌّ نَصَبَ القاضي له وَصِيّاً وأمَرَهُ بِبَيعِهِ)؛ لأنَّ القاضي نُصِّبَ ناظِراً لِحُقوقِ المسلمين إذا عَجَزوا عن النَّظرِ لأنفسِهِم، والنَّظرُ في نَصْبِ الوَصِيِّ؛ لِيؤدِّيَ ما عليه لِغَيرِهِ، ويَستوفي مالَهُ من غيرِهِ.

---

(١) ذكَرَ في الأسرار: أنَّ المُرادَ به الغيبةُ المُنقطِعَةُ. عناية.

(٢) أي: حالَ كونِهِ حيّاً. بناية.

وإنْ كان على المَيِّتِ دَيْنٌ فرَهَنَ الوَصيُّ بعضَ التَّرِكَةِ عندَ غَريمٍ من غُرَمائِهِ، لم يَجُزْ، ولِلآخَرِينَ أنْ يَرُدُّوهُ، فإنْ قَضَى دَيْنَهُم قبلَ أنْ يَردُّوهُ جازَ. ولو لم يَكُنْ لِلمَيِّتِ غَريمٌ آخَرُ، جازَ الرَّهنُ وبِيعَ في دَينِهِ. وإذا ارتَهَنَ الوَصيُّ بِدَينٍ لِلمَيِّتِ على رَجلٍ جازَ.

(وإنْ كان على المَيِّتِ دَيْنٌ فرَهَنَ الوَصيُّ بعضَ التَّرِكَةِ عندَ غَريمٍ من غُرَمائِهِ، لم يَجُزْ، ولِلآخَرِينَ أنْ يَرُدُّوهُ)؛ لأنَّه آثَرَ بعضَ الغُرَماءِ بالإيفاءِ الحُكميِّ، فأشبَهَ الإيثارَ بالإيفاءِ الحقيقيِّ، **(فإنْ قَضَى دَيْنَهُم قبلَ أنْ يَردُّوهُ جازَ)**؛ لِزَوالِ المانعِ بِوُصولِ حقِّهم إليهم.

(ولو لم يَكُنْ لِلمَيِّتِ غَريمٌ آخَرُ، جازَ الرَّهنُ) اعتباراً بالإيفاءِ الحقيقيِّ، **(وبِيعَ في دَينِهِ)**؛ لأنَّه يُباعُ فيه قبلَ الرَّهنِ، فكذا بعدَهُ.

(وإذا ارتَهَنَ الوَصيُّ بِدَينٍ لِلمَيِّتِ على رَجلٍ جازَ)؛ لأنَّه استيفاءٌ، وهو يَملِكُهُ. قال ﵁: وفي رَهنِ الوَصيِّ تفصيلاتٌ نذكُرُها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى.

فصل

وَمَنْ رَهَنَ عَصيراً بِعَشَرَةٍ قِيمَتُهُ عشَرَةٌ، فَتخمَّرَ، ثمَّ صار خَلاً يُساوي عَشَرَةً، فهو رَهْنٌ بِعَشرةٍ. ولو رَهَنَ شاةً قِيمَتُها عشَرَةٌ بِعَشَرةٍ، فماتَتَ فَدَبَغَ جِلدَها فصارَ يُساوي درهماً، فهو رَهْنٌ بِدِرهَمٍ. ونَماءُ الرَّهنِ لِلرَّاهِنِ، وهو مِثلُ الوَلَدِ والثَّمرِ واللَّبَنِ والصُّوفِ،

(فصل)

قال: **(ومَنْ رَهَنَ عَصيراً بِعَشَرةٍ قِيمَتُهُ عشَرَةٌ، فَتخمَّرَ، ثمَّ صار خَلًّاً يُساوي عَشَرَةً، فهو رَهْنٌ بِعَشرةٍ)**؛ لأنَّ ما يكونَ مَحلاً للبيعِ يكونُ محلاً للرَّهنِ، إذِ المَحلِّيَّةُ بالماليَّةِ فيهما، والخمرُ وإن لم يكن محَلاً للبيعِ ابتداءً، فهو محَلٌّ له بقاءً، حتَّى إنَّ مَن اشترى عصيراً فتخمَّرَ قبلَ القَبضِ، يبقى العقدُ إلَّا أنَّه يَتخيَّرُ في البيعِ لِتَغيُّرِ وَصفِ المَبيعِ، بمنزلةِ ما إذا تعيَّب.

(ولو رَهَنَ شاةً قِيمَتُها عشَرَةٌ بِعَشَرةٍ، فماتَتَ فَدَبَغَ جِلدَها فصارَ يُساوي درهماً، فهو رَهْنٌ بِدِرهَمٍ[١])؛ لأنَّ الرَّهنَ يَتقرَّرُ بالهلاكِ، فإذا حَيِيَ بعضُ المَحلِّ[٢] يعودُ حكمُهُ بِقَدْرِهِ، بخلافِ ما إذا ماتتِ الشَّاةُ المَبيعَةُ قبلَ القَبضِ، فدَبَغَ جِلدَها، حيثُ لا يعودُ البيعُ؛ لأنَّ البيعَ يَنتقِضُ بالهلاكِ قبلَ القبضِ، والمُنتقِضُ لا يعودُ، أمَّا الرَّهنُ يتقرَّرُ بالهلاكِ على ما بيَّنَّاه[٣]، ومن مشايخنا مَنْ يَمنَعُ مسألةَ البيعِ، ويقول: يعودُ البيع.

قال: **(ونَماءُ الرَّهنِ لِلرَّاهِنِ، وهو مِثلُ الوَلَدِ والثَّمرِ واللَّبَنِ والصُّوفِ)**؛ لأنَّه مُتولِّدٌ من مِلكِهِ، ويكونُ رَهناً مع الأصلِ؛ لأنَّه تَبَعٌ له، والرَّهنُ حقٌّ لازِمٌ[٤]

---

(١) يعني: إن كانت قيمةُ الجلدِ يومَ الرَّهنِ درهماً، وأمَّا إذا كانت قيمَتُهُ يومئذٍ درهمينِ، فهو رَهنٌ بدرهمين. عناية.

(٢) أي: بأن عادتِ الماليَّةُ بالدِّباغِ. بناية.

(٣) أشار به إلى قوله: لأنَّ الرَّهنَ يتقرَّرُ بالهلاكِ.

(٤) يعني: مستقرٌّ في العين. بناية.

فإنْ هَلَكَ يَهلِكُ بِغَيرِ شيءٍ، وإنْ هَلَكَ الأصلُ وبَقِيَ النَّماءُ، افتَكَّهُ الرَّاهنُ بِحِصَّتِهِ، يَقسِمُ الدَّينَ على قيمةِ الرَّهنِ يومَ القَبضِ، وقيمةَ النَّماءِ يومَ الفكاكِ. ولو رَهَنَ شاةً بِعَشَرةٍ وقِيمَتُها عشَرَةٌ، وقال الرَّاهنُ لِلمُرتَهِنِ: «أُحلُبِ الشَّاةَ، فما حَلَبْتَ فهو لك حلالٌ» فحَلَبَ وشَرِبَ، فلا ضمانَ عليه في شيءٍ من ذلك، ....

فَيَسري إليه، (فإنْ هَلَكَ يَهلِكُ بِغَيرِ شيءٍ)؛ لأنَّ الأتباعَ لا قِسطَ لها مِمَّا يُقابَلُ بالأصلِ؛ لأنَّها لم تدخلُ تحتَ العقدِ مَقصوداً[1]؛ إذ اللَّفظُ لا يَتناولُها.

(وإنْ هَلَكَ الأصلُ وبَقِيَ النَّماءُ، افتَكَّهُ الرَّاهنُ بِحِصَّتِهِ، يَقسِمُ الدَّينَ على قيمةِ الرَّهنِ يومَ القَبضِ، وقيمةَ النَّماءِ يومَ الفَكاكِ)؛ لأنَّ الرَّهنَ يصيرُ مضموناً بالقبضِ، والزِّيادةُ تصيرُ مَقصودةً بالفَكاكِ إذا بقي إلى وَقتِهِ، والتَّبَعُ يُقابِلُهُ شيءٌ إذا صارَ مَقصوداً كوَلَدِ المَبيعِ[2]، فما أصابَ الأصلَ يَسقُطُ من الدَّينِ؛ لأنَّه يُقابِلُهُ الأصلُ مقصوداً، وما أصابَ النَّماءَ افتَكَّهُ الرَّاهنُ لِما ذكرنا[3].

وصورُ المسائلِ على هذا الأصلِ تُخرَّجُ، وقد ذكرنا بعضَها في كفايةِ المُنتهي، وتمامُهُ في الجامع والزِّيادات.

(ولو رَهَنَ شاةً بِعَشَرةٍ وقِيمَتُها عشَرَةٌ، وقال الرَّاهنُ لِلمُرتَهِنِ: «أُحلُبِ الشَّاةَ، فما حَلَبْتَ فهو لك حلالٌ» فحَلَبَ وشَرِبَ فلا ضمانَ عليه في شيءٍ من ذلك).

أمَّا الإباحةُ فَيَصحُّ تَعليقُها بالشَّرطِ والخَطَرِ[4]؛ لأنَّها إطلاقٌ، وليس بِتَمليكٍ فَتَصحُّ مع الخَطَرِ.

---

(١) أي: بلفظِ العقدِ. بناية.

(٢) صورته: المبيعةُ إذا ولدت ولداً في يدِ البائعِ، قبلَ التَّسليم إلى المشتري، ثمَّ قَبَضَها المشتري، يكونُ الولدُ مقصوداً بالقبضِ، ويُقسمُ الثَّمنُ على الأمِّ والولدِ، وفائدتُهُ: لو هلكت الأمُّ أو الولد قبلَ التَّسليمِ، يسقطُ بحصَّتِهِ من الثَّمنِ. بناية.

(٣) أشار به إلى قولِهِ: تصيرُ مقصودةً بالفكاكِ. بناية.

(٤) أراد بالشَّرطِ قولَهُ: «فما حلبتَ» فإنَّ كلمة «ما» تضمَّنت معنى الشَّرطِ، ولهذا دخلت الفاء في خبرِها. بناية.

ولا يَسقُطُ شيءٌ من الدَّينِ، فإنْ لم يَفتَكَّ الشَّاةَ حتَّى ماتَتْ في يدِ المُرتَهِنِ، قُسِمَ الدَّينُ على قيمةِ اللَّبَنِ الذي شَرِبَ وعلى قيمةِ الشَّاةِ، فما أصابَ الشَّاةَ سَقَطَ، وما أصابَ اللَّبَنَ أخَذَهُ المُرتَهِنُ من الرَّاهِنِ. وتَجوزُ الزِّيادةُ في الرَّهنِ، ولا تَجوزُ في الدَّينِ. ....

(ولا يَسقُطُ شيءٌ من الدَّينِ)؛ لأنَّه أتلفَهُ بإذنِ المالكِ[1].

(فإنْ لم يَفتَكَّ الشَّاةَ حتَّى ماتَتْ في يدِ المُرتَهِنِ، قُسِمَ الدَّينُ على قيمةِ اللَّبَنِ الذي شَرِبَ وعلى قيمةِ الشَّاةِ، فما أصابَ الشَّاةَ سَقَطَ، وما أصابَ اللَّبَنَ أخَذَهُ المُرتَهِنُ من الرَّاهِنِ)؛ لأنَّ اللَّبَنَ تَلِفَ على مِلكِ الرَّاهنِ بِفعلِ المُرتهِنِ، والفِعلُ حصَلَ بتسليطٍ مِنْ قِبَلِهِ، فصارَ كأنَّ الرَّاهنَ أخَذَهُ وأتلَفَهُ، فكان مَضموناً عليه، فيكون له حصَّتُهُ من الدَّينِ، فَبَقِيَ بحصَّتِهِ.

وكذلك ولَدُ الشَّاةِ إذا أذِنَ له الرَّاهنُ في أكلِهِ، وكذلك جميعُ النَّماءِ الذي يَحدُثُ على هذا القياس.

قال: (وتَجوزُ الزِّيادةُ في الرَّهنِ[2]، ولا تَجوزُ في الدَّينِ) عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يَصيرُ الرَّهنُ رهناً بها[3].

وقال أبو يوسف: تجوزُ الزِّيادةُ في الدَّينِ أيضاً[4].

وقال زفر والشَّافعي[5]: لا تجوزُ فيهما، والخلافُ معهما في الرَّهنِ والثَّمنِ

---

(١) فيه إشارةٌ إلى أنَّه لو أتلَفَ بغيرِ إذنِهِ ضَمِنَ، وكانت القيمةُ رهناً مع الشَّاةِ، وكذا لو فعَلَ الرَّاهنُ ذلك بدونِ إجازةِ المُرتهِنِ. عناية.

(٢) صورته: أن يرهَنَ ثوباً بعشرةٍ قيمتُهُ عشرةٌ، ثمَّ زاد الرَّاهن ثوباً ليكون رهناً مع الأول بعشرةٍ. بناية.

(٣) أي: بالزِّيادةِ بالدَّين.

(٤) بأن رهَنَ عبداً بألفٍ، ثمَّ حدَثَ للرَّاهنِ دينٌ آخرُ بالشِّراءِ والاستقراضِ، فيجعلُ العبدُ رهناً بالدَّين القديم والحادث. بناية.

(٥) الصَّحيح أنَّ مذهب الشافعيِّ جوازُ الزِّيادةِ في الرَّهن، كما هو الحكم عند أبي حنيفة. أمَّا الزِّيادة =

والمُثمَنِ والمَهرِ والمَنكوحةِ[1] سواءٌ، وقد ذكرناه في البيوع.

ولأبي يوسف في الخلافيَّةِ الأخرى: أنَّ الدَّينَ في بابِ الرَّهنِ كالثَّمَنِ في البيع، والرَّهنَ كالمُثمَنِ، فَتَجوزُ الزِّيادةُ فيهما كما في البيع، والجامعُ بينهما الالتحاقُ بأصلِ العَقدِ للحاجةِ والإمكانِ.

ولهما: وهو القياسُ، أنَّ الزِّيادةَ في الدَّينِ تُوجِبُ الشُّيوعَ في الرَّهن، وهو غيرُ مَشروعٍ عندنا، والزِّيادةُ في الرَّهنِ تُوجِبُ الشُّيوعَ في الدَّينِ، وهو غيرُ مانعٍ من صحَّةِ الرَّهنِ؛ ألا ترى أنَّه لو رَهَنَ عبداً بخمسمائةٍ من الدَّين جاز وإن كان الدَّينُ ألفاً، وهذا شيوعٌ في الدَّينِ.

والالتحاقُ بأصلِ العقدِ غيرُ مُمكِنٍ في طرَفِ الدَّينِ؛ لأنَّه غيرُ معقودٍ عليه، ولا مَعقودٍ به، بل وُجوبُهُ سابقٌ على الرَّهنِ، وكذا يبقى بعد انفساخِهِ، والالتحاقُ بأصلِ العَقدِ في بَدَلَي العقدِ، بخلافِ البيعِ؛ لأنَّ الثَّمنَ بدَلٌ يَجِبُ بالعقد.

ثمَّ إذا صحَّتِ الزِّيادةُ في الرَّهنِ - وتسمَّى هذه زيادةً قصديَّةً[2] - يُقسَمُ الدَّينُ على قيمةِ الأوَّلِ يومَ القَبضِ، وعلى قيمةِ الزِّيادةِ يومَ قُبِضَت، حتَّى لو كانت قيمةُ الزِّيادةِ يومَ قَبضِها خمسمائة، وقيمةُ الأوَّلِ يومَ القَبضِ ألفاً والدَّينُ ألفاً، يُقسَمُ الدَّينُ أثلاثاً، في الزِّيادةِ ثلثُ الدَّينِ، وفي الأصلِ ثُلُثا الدَّينِ اعتباراً بِقيمَتِهما في وَقتَي الاعتبار، وهذا لأنَّ الضَّمانَ في كلِّ واحدٍ منهما يَثبُتُ بالقبضِ، فَتُعتَبَرُ قيمةُ كلِّ واحدٍ منهما وقتَ القَبضِ.

= في الدَّين، ففي القديم يجوز، وهو ما اختاره المُزنيُّ منهم، وفي الجديد لا يجوز وهو المعتمد. انظر تفصيل المسألة في كتاب الأم (٣/١٥٨) ط دار الفكر، والحاوي في الفقه للماوردي (٦/ ٩٠) ط الكتب العلمية، وروضة الطالبين (٤/٥٦) ط المكتب الإسلامي.

(١) صورته: أن يُزوِّجَ المولى أمتَهَ من رجلٍ بألفٍ، ثمَّ زوَّجه أمةً أخرى بذلك الألف، وقَبِلَ الزَّوجُ، يَصحُّ العقدانِ ويُقسَمُ الألف عليهما.

(٢) يعني: بخلافِ نَماءِ الرَّهنِ، فإنَّه ليس زيادةً قصديَّةً، بل ضمنيَّةً، ولهذا اختَلَفَ حُكماً. عناية.

وإذا وَلَدَتِ المَرهُونةُ وَلَداً، ثمَّ إنَّ الرَّاهنَ زادَ مع الولدِ عبداً، وقيمةُ كلٍّ واحدٍ ألفٌ، فالعبدُ رَهْنٌ مع الوَلدِ خاصَّةً، يُقسَمُ ما في الولدِ عليه، وعلى العبدِ الزِّيادةُ، ولو كانتِ الزِّيادةُ مع الأمِّ يَقسِمُ الدَّينَ على قيمةِ الأمِّ يومَ العَقدِ، وعلى قيمةِ الزِّيادةِ يومَ القَبضِ، فما أصابَ الأمَّ قُسِمَ عليها وعلى وَلَدِها. فإنْ رَهَنَ عبداً يُساوي ألفاً بألفٍ، ثمَّ أعطاهُ عبداً آخَرَ قِيمَتُهُ ألفٌ رَهناً مكانَ الأوَّلِ، فالأوَّلُ رَهْنٌ حتَّى يَرِدَّهُ إلى الرَّاهنِ، والمُرتَهِنُ في الآخَرِ أمينٌ حتَّى يَجعَلَهُ مكانَ الأوَّلِ. ....

(وإذا وَلَدَتِ المَرهُونةُ وَلَداً، ثمَّ إنَّ الرَّاهنَ زادَ مع الولدِ عبداً، وقيمةُ كلٍّ واحدٍ ألفٌ، فالعبدُ رَهْنٌ مع الوَلدِ خاصَّةً، يُقسَمُ ما في الولدِ عليه، وعلى العبدِ الزِّيادةُ)؛ لأنَّه جعَلَهُ زيادةً مع الولدِ دونَ الأمِّ.

(ولو كانتِ الزِّيادةُ مع الأمِّ يَقسِمُ الدَّينَ على قيمةِ الأمِّ يومَ العَقدِ، وعلى قيمةِ الزِّيادةِ يومَ القَبضِ، فما أصابَ الأمَّ قُسِمَ عليها وعلى وَلَدِها)؛ لأنَّ الزِّيادةَ دخلت على الأمِّ.

قال: (فإنْ رَهَنَ عبداً يُساوي ألفاً بألفٍ، ثمَّ أعطاهُ عبداً آخرَ قِيمَتُهُ ألفٌ رَهن مكانَ الأوَّلِ، فالأوَّلُ رَهْنٌ حتَّى يَرِدَّهُ إلى الرَّاهنِ، والمُرتَهِنُ في الآخَرِ أمينٌ حتَّى يَجعَلَهُ مكانَ الأوَّلِ)؛ لأنَّ الأوَّلَ إنَّما دخلَ في ضَمانِهِ بالقَبضِ والدَّينِ، وهما باقيانِ، فلا يَخرُجُ عن الضَّمانِ إلَّا بِنَقضِ القَبضِ ما دامَ الدَّينُ باقياً، وإذا بَقِيَ الأوَّلُ في ضَمانِهِ لا يَدخُلُ الثَّاني في ضَمانِهِ؛ لأنَّهما رَضِيا بِدُخولِ أحدِهما فيه، لا بِدُخولِهما، فإذا رَدَّ الأوَّلَ دخلَ الثَّاني في ضمانِهِ.

ثمَّ قيل: يُشترَطُ تجديدُ القَبضِ؛ لأنَّ يدَ المُرتهِنِ على الثَّاني يدُ أمانةٍ، ويدُ الرَّهنِ يَدُ استيفاءٍ وضمانٍ، فلا يَنوبُ عنه، كَمَنْ له على آخَرَ جِيادٌ، فاستوفى زُيوفاً ظَنَّها جياداً، ثمَّ عَلِمَ بالزِّيافةِ وطالَبَهُ بالجيادِ وأخَذَها، فإنَّ الجِيادَ أمانةٌ في يدِهِ ما لم يَرُدَّ الزُّيوفَ، ويُجدِّدَ القبضَ.

ولو أبرأ المُرتَهِنُ الرَّاهِنَ عنِ الدَّينِ، أو وَهَبَهُ منه، ثمَّ هَلَكَ الرَّهنُ في يَدِ المُرتَهِنِ، يَهلِكُ بِغَيرِ شيءٍ استحساناً. وكذا إذا ارتَهَنَتِ المرأةُ رَهْناً بالصَّداقِ، فأبرأَتْهُ أو وَهَبَتْهُ أو ارتَدَّتْ - والعِياذُ بالله - قبلَ الدُّخولِ، أو اختَلَعَتْ منه على صَداقِها، ثمَّ هَلَكَ الرَّهنُ في يَدِها، يَهلِكُ بغيرِ شيءٍ في هذا كلِّهِ، ولم تَضمَنْ شيئاً. ولو استَوفَى المُرتَهِنُ الدَّينَ بإيفاءِ الرَّاهنِ، أو بإيفاءِ مُتطوِّعٍ، ثمَّ هَلَكَ الرَّهنُ في يدِهِ، يَهلِكُ بالدَّينِ ويَجِبُ عليه رَدُّ ما استوفَى إلى من استوفى منه، وهو مَنْ عليه أو المُتطوِّعُ، بخلاف الإبراءِ. ....

وقيل: لا يُشتَرَطُ؛ لأنَّ الرَّهنَ تَبرُّعٌ كالهبةِ، على ما بيَّنَّاهُ من قبلُ[1]، وقَبضُ الأمانةِ يَنوبُ عن قَبضِ الهبةِ، ولأنَّ الرَّهنَ عينُهُ أمانةٌ، والقَبضُ يَرِدُ على العينِ، فينوبُ قبضُ الأمانةِ عن قَبضِ العَينِ.

(ولو أبرأ المُرتَهِنُ الرَّاهِنَ عنِ الدَّينِ، أو وَهَبَهُ منه، ثمَّ هَلَكَ الرَّهنُ في يَدِ المُرتَهِنِ، يَهلِكُ بِغَيرِ شيءٍ استحساناً)، خلافاً لزفر؛ لأنَّ الرَّهنَ مَضمونٌ بالدَّينِ، أو بِجَهتِهِ عندَ تَوهُّمِ الوُجودِ، كما في الدَّينِ المَوعودِ، ولم يَبْقَ الدَّينُ بالإبراءِ أو الهبةِ، ولا جِهَتُهُ لِسُقوطِهِ، إلَّا إذا أحدَثَ مَنْعاً؛ لأنَّه يصيرُ به[2] غاصباً إذا لم تَبْقَ له وِلايةُ المَنعِ.

(وكذا إذا ارتَهَنَتِ المرأةُ رَهْناً بالصَّداقِ، فأبرأَتْهُ أو وَهَبَتْهُ أو ارتَدَّتْ - والعِياذُ بالله - قبلَ الدُّخولِ، أو اختَلَعَتْ منه على صَداقِها، ثمَّ هَلَكَ الرَّهنُ في يَدِها، يَهلِكُ بغيرِ شيءٍ في هذا كلِّهِ، ولم تَضمَنْ شيئاً)؛ لِسُقوطِ الدَّينِ كما في الإبراءِ.

(ولو استَوفَى المُرتَهِنُ الدَّينَ بإيفاءِ الرَّاهنِ، أو بإيفاءِ مُتطوِّعٍ، ثمَّ هَلَكَ الرَّهنُ في يدِهِ، يَهلِكُ بالدَّينِ ويَجِبُ عليه رَدُّ ما استوفَى إلى من استوفى منه، وهو مَنْ عليه أو المُتطوِّعُ، بخلاف الإبراءِ).

---

(١) يعني: في صَدرِ كتابِ الرَّهنِ، في تعليلِ أنَّ تَمامَ الرَّهنِ بالقَبضِ، انظر ص (٣٥٥).

(٢) أي: بالمَنعِ.

وكذا إذا اشترى بالدَّينِ عيناً أو صالَحَ عنه على عَينٍ، وكذلك إذا أحالَ الرَّاهنُ المُرتَهِنَ بالدَّينِ على غيرِهِ، ثمَّ هلَكَ الرَّهنُ، بطَلَتِ الحَوالَةُ ويَهلِكُ بالدَّينِ، وكذا لو تَصادَقا على أنْ لا دَينٌ، ثمَّ هَلَكَ الرَّهنُ، يَهلِكُ بالدَّينِ.

ووجهُ الفرقِ: أنَّ بالإبراءِ يَسقُطُ الدَّينُ أصلاً كما ذكرنا، وبالاستيفاءِ لا يَسقُطُ لقيامِ المُوجِبِ، إلَّا أنَّه يَتعذَّرُ الاستيفاءُ لِعَدَمِ الفائدةِ؛ لأنَّه يَعقُبُ مُطالبَةَ مثلِهِ، فأمَّا هو في نفسِهِ فقائمٌ، فإذا هلك يتقرَّرُ الاستيفاءُ الأوَّلُ فانتقَضَ الاستيفاءُ الثَّاني.

(وكذا إذا اشترى[1] بالدَّينِ عيناً أو صالَحَ عنه على عَينٍ)؛ لأنَّه استيفاءٌ[2].

(وكذلك إذا أحالَ الرَّاهنُ المُرتَهِنَ بالدَّينِ على غيرِهِ، ثمَّ هلَكَ الرَّهنُ، بطَلَتِ الحَوالَةُ ويَهلِكُ بالدَّينِ)؛ لأنَّه في معنى البراءةِ بطريقِ الأداءِ؛ لأنَّه يزولُ به عن مِلكِ المُحيلِ مِثلُ ما كان له على المُحتالِ عليه، أو ما يَرجِعُ[3] عليه به إنْ لم يكن للمُحيلِ على المُحتالِ عليه دَينٌ؛ لأنَّه بمنزلةِ الوكيل.

(وكذا لو تَصادَقا على أنْ لا دَينٌ، ثمَّ هَلَكَ الرَّهنُ، يَهلِكُ بالدَّينِ) لِتوهُّمِ وجوبِ الدَّينِ بالتَّصادقِ على قيامِهِ، فتكونُ الجهةُ باقيةً، بخلافِ الإبراءِ، والله أعلم.



(١) معطوفٌ على قوله: «ولو استوفى». عناية.

(٢) أي: لأنَّ كلَّ واحدٍ من الشِّراءِ والصُّلحِ على عينٍ استيفاءٌ، فيجبُ عليه رَدُّ الرَّهنِ إن كان باقياً، أو قيمتُهُ إنْ هلَكَ في يدِهِ قبلَ الرَّدِّ.

(٣) أي: أو يزولُ ما يرجع.

كتاب الجنايات

القَتلُ على خَمسةِ أوجهٍ: عَمْدٌ، وشِبْهُ عَمدٍ، وخَطأٌ، وما أُجرِيَ مُجرَى الخطأ، والقَتلُ بِسَببٍ. فالعَمْدُ: ما تعمَّدَ ضَرْبَهُ بِسِلاحٍ، أو ما أُجرِي مُجرَى السِّلاحِ، كالمُحدَّدِ من الخَشَبِ، ولِيطَةِ القَصَبِ، والمَروَةِ المُحدَّدةِ، والنَّارِ، ومُوجَبُ ذلك المَأثَمُ ......

(كتاب الجنايات)[1]

قال: (القَتلُ على خَمسةِ أوجهٍ: عَمْدٌ، وشِبْهُ عَمدٍ، وخَطأٌ، وما أُجرِيَ مُجرَى الخطأ، والقَتلُ بِسَببٍ)، والمرادُ بيانُ قَتلٍ تَتعلَّقُ به الأحكام.

أولاً: القتل العمد

قال: (فالعَمْدُ: ما تعمَّدَ ضَرْبَهُ بِسِلاحٍ، أو ما أُجرِي مُجرَى السِّلاحِ[2]، كالمُحدَّدِ من الخَشَبِ، ولِيطَةِ القَصَبِ[3]، والمَروَةِ المُحدَّدةِ، والنَّارِ)؛ لأنَّ العَمْدَ هو القَصدُ، ولا يُوقَفُ عليه إلَّا بدليلِهِ، وهو استعمالُ الآلةِ القاتِلَةِ، فكان مُتعمِّداً فيه عند ذلك.

(ومُوجَبُ ذلك المَأثَمُ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ﴾[النِّساء: ٩٣] الآية، وقد نَطَقَ به غيرُ واحدٍ من السُّنَّةِ[4]، وعليه انعقَدَ

---

(١) الجنايةُ في اللُّغة: اسمُ لِما يُكتَسَبُ من الشَّرِّ، تسميةً بالمصدر، من جَنَى عليه شرّاً، وهو عامٌّ إلَّا أنَّه في الشَّرع خُصَّ بفعلٍ مُحرَّم شرعاً حَلَّ بالنُّفوسِ والأطرافِ، والأوَّلُ يُسمَّى قتلاً، وهو فِعلٌ من العبادِ تَزولُ به الحياةُ، والثَّاني يُسمَّى قطعاً وجَرْحاً. عناية.

(٢) يعني: في تَفريقِ الأجزاءِ.

(٣) أي: قِشرُ القَصبِ.

(٤) منها: ما أخرجه البخاري في الدِّيات، برقم (٦٤٦٩) عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يَزالُ المُؤمِنُ في فُسحةٍ من دينِهِ ما لم يُصِبْ دماً حراماً».

والقَوَدُ إلَّا أنْ يَعْفُوَ الأولياءُ أو يُصالِحُوا. ....

إجماعُ الأمَّةِ.

قال: (والقَوَدُ)؛ لقولِهِ تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، إلَّا أنَّه تقيَّدَ بوصفِ العَمديَّةِ؛ لقوله ﷺ: «العَمْدُ قَوَدٌ»[١]، أي: مُوجَبُه، ولأنَّ الجنايةَ بها[٢] تتكامَلُ، وحِكمةُ[٣] الزَّجرِ عليها تتوفَّرُ، والعقوبةُ المُتناهيةُ لا شَرْعَ لها دونَ ذلك[٤].

قال: (إلَّا أنْ يَعْفُوَ الأولياءُ أو يُصالِحُوا)؛ لأنَّ الحقَّ لهم.

ثمَّ هو[٥] واجبٌ عيناً، وليس للوليِّ أخذُ الدِّيةِ إلَّا بِرِضا القاتلِ، وهو أحدُ قولي الشَّافعيِّ، إلَّا أنَّ له حقَّ العُدولِ إلى المالِ من غيرِ مرضاةِ القاتلِ؛ لأنَّه[٦] تعيَّنَ مَدفَعاً للهلاكِ، فَيَجوزُ بدونِ رضاه. وفي قولٍ الواجبُ أحدُهُما لا بِعَينِهِ، ويَتعيَّنُ باختياره؛ لأنَّ حقَّ العبدِ شُرِعَ جابراً، وفي كلِّ واحدٍ[٧] نوعُ جَبرٍ، فَيتخيَّرُ.

= ومنها: ما أخرجه النسائي في الصغرى، كتاب تحريم الدَّمِ، برقم (٣٩٨٤) عن أبي إدريس قال: سمعتُ معاويةَ يَخطُبُ - وكان قليلَ الحديثِ عن رسولِ الله ﷺ - قال: سمعتُهُ يَخطُبُ يقول: سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقول: «كلُّ ذنبٍ عسى اللهُ أن يَغفِرَهُ إلَّا الرَّجلَ يَقتُلُ المُؤمنَ مُتعمِّداً، أو الرَّجلَ يَموتُ كافراً».

(١) رواه ابن أبي شيبة عن ابن عباس قال: قال رسول اللهِ ﷺ: «العَمْدُ قَوَدٌ، إلَّا أن يَعفُوَ وليُّ المقتولِ». وأخرج نحوه أبو داود في الدِّيات، باب: من قُتِل في عُمياء بين قوم (٤٥٤٠)، وابن ماجه في الدِّيات، باب: من حال بينَ وليِّ المقتولِ وبينَ القَوَدِ أو الدِّية (٢٦٣٥)، والنسائي في الصغرى، كتاب القسامة، باب: من قتل بحجر أو سوط (٤٧٩٠).

(٢) أي: بالعَمديَّة.

(٣) قوله: «حكمة» مبتدأ، خبره «تتوفَّر». كذا في البناية.

(٤) أراد بالعقوبة المتناهيةِ القصاص. قوله: «والعقوبةُ المُتناهيةُ لا شَرْعَ لها دونَ ذلك» حجَّةٌ أخرى، تقريرُها: القوَدُ عقوبةٌ متناهيةٌ، والعقوبةُ المتناهيةُ لا شرعيَّةَ لها بدونِ العمديَّة.

(٥) يعني: القَوَد.

(٦) أي: المال.

(٧) أي: من القصاص وأخذِ المال.

ولنا: ما تلونا من الكتابِ، وروينا من السُّنَّة، ولأنَّ المالَ لا يَصلُحُ مُوجِباً لِعَدَمِ المُماثَلَةِ، والقِصاصُ يَصلُحُ للتَّماثُلِ، وفيه مَصلحةُ الإحياءِ زجراً وجَبْراً، فيتعيَّنُ.

وفي الخطإ[1] وجوبُ المالِ ضرورةَ صَونِ الدَّمِ عن الإهدارِ.

ولا يَتَيقَّنُ بعَدَمِ قَصدِ الوليِّ بعدَ أخذِ المالِ[2]، فلا يَتعيَّنُ مَدْفَعاً للهلاك.

ولا كفَّارةَ فيه عندنا، وعندَ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ[3]: تَجِبُ؛ لأنَّ الحاجةَ إلى التَّكفيرِ في العمدِ أمسُّ منها إليه في الخطأ، فكان أدعى إلى إيجابها.

ولنا: أنَّه كبيرةٌ مَحضَةٌ، وفي الكفَّارةِ معنى العبادةِ[4]، فلا تُناطُ بِمِثلِها[5]، ولأنَّ الكفَّارةَ مِنَ المَقاديرِ، وتَعيُّنُها في الشَّرعِ لِدَفعِ الأدنى، لا يُعيِّنُها لِدَفعِ الأعلى.

ومِنْ حُكمِهِ حِرمانُ الميراثِ؛ لقوله ﷺ: «لا مِيراثَ لقاتلٍ»[6].

---

(١) جوابٌ عن سؤالٍ مقدَّر، هو: كيف صلَحَ المالُ مُوجَباً في الخطأ، والفائتُ فيه مِثلُ الفائتِ في العمد.

(٢) يعني: لا يُتَيقَّنُ بعدم قَصدِ الوليِّ لِقَتلِ القاتلِ بعدَ ما أخذ الدِّيَةَ؛ لِجَوازِ أن يأخُذَها الوليُّ من القاتلِ بدونِ رضاه، ثمَّ يَقتلُهُ. وهذا جواب عن قول الشَّافعيِّ: «لأنَّه تعيَّن مَدفَعاً للهلاك».
انظر تتمَّته في فتح القدير

(٣) انظر حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي (٤/ ١٦٢) ط عيسى الحلبي، وروضةَ الطالبين للنووي (٩/ ١٢٢) ط المكتب الإسلامي .

(٤) يعني: دائرةٌ بينَ العبادةِ والعقوبةِ، فلا بدَّ أن يكونَ سببُها دائراً بينَ الحظرِ والإباحةِ. بناية.

(٥) أي: لا تناطُ الكفَّارةُ بمثل الكبيرةِ المحضةِ.

(٦) أخرجه الترمذي في الفرائض، باب: ما جاء في إبطال ميراث القاتل (٢١٠٩) عن أبي هريرة، عن النَّبيِّ ﷺ قال: «القاتلُ لا يَرِثُ».
وأخرج نحوه ابن ماجه في الديات، باب: القاتل لا يرث (٢٦٤٦) عن عمر. وأبو داود في الديات، باب: ديات الأعضاء (٤٥٦٤) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

وشِبهُ العَمدِ عند أبي حنيفة: أنْ يَتعَمَّدَ الضَّرْبَ بِما ليس بِسِلاحٍ، ولا ما أُجرِيَ مُجرَى السِّلاحِ، ومُوجَبُ ذلك على القَولَينِ الإثمُ والكفَّارةُ والدِّيَةُ مُغلَّظَةً على العاقِلَةِ.

ثانياً: القتل شبه العمد

قال: (وشِبهُ العَمدِ عند أبي حنيفة: أنْ يَتعَمَّدَ الضَّرْبَ بِما ليس بِسِلاحٍ، ولا ما أُجرِيَ مُجرَى السِّلاحِ).

وقال أبو يوسف ومحمد، وهو قولُ الشَّافعيِّ: إذا ضَرَبَهُ بِحَجرٍ عظيمٍ، أو بِخَشَبةٍ عظيمةٍ، فهو عَمدٌ، وشِبهُ العَمدِ: أن يَتعمَّدَ ضَرْبَهُ بما لا يُقتَلُ به غالباً؛ لأنَّه يَتقاصَرُ معنى العَمديَّةِ باستعمالِ آلةٍ صغيرةٍ لا يُقتَلُ بها غالباً؛ لِما أنَّه يُقصَدُ بها غيرُهُ، كالتَّأديبِ ونحوِهِ، فكان شِبهُ العَمدِ لا يَتقاصَرُ باستعمالِ آلةٍ لا تلبث؛ لأنَّه لا يُقصَدُ به إلَّا القتلُ، كالسَّيفِ، فكان عمداً مُوجِباً للقَوَدِ.

وله: قوله ﷺ: «ألا إنَّ قتيلَ خَطأ العمدِ قتيلُ السَّوطِ والعصا، وفيه مائةٌ من الإبلِ»[1]، ولأنَّ الآلةَ غيرُ موضوعةٍ للقتل، ولا مُستعمَلَةٌ فيه؛ إذ لا يُمكِنُ استعمالُها على غِرَّةٍ[2] من المَقصودِ قَتلُهُ، وبه[3] يَحصُلُ القتلُ غالباً، فَقَصُرتِ العَمديَّةُ نظراً إلى الآلة، فكان شِبهُ العمدِ كالقتلِ بالسَّوطِ والعصا الصَّغيرة.

قال: (ومُوجَبُ ذلك على القَولَينِ[4] الإثمُ)؛ لأنَّه قَتَلَ وهو قاصِدٌ في الضَّربِ، (والكفَّارةُ) لِشَبهِهِ بالخطأ، (والدِّيَةُ مُغلَّظَةً على العاقِلَةِ)، والأصل: أنَّ كلَّ ديةٍ وجبَتْ

---

(١) أخرجه النسائي في الصغرى، كتاب القسامة، باب: من قُتِل بحجر أو سوط (٤٧٩٣)، وأبو داود في الديات، باب: في ديةِ الخطأ شبهِ العمدِ (٤٥٤٧) عن عبد الله بن عمرو أنَّ رسول الله ﷺ قال: «ألا وإنَّ قتيلَ الخطأ شِبهِ العمدِ، ما كان بالسَّوطِ والعصا، مائةٌ من الإبل، أربعونَ في بُطُونِها أولادها».

(٢) أي: غفلةٍ.

(٣) أي: بالاستعمالِ على غِرَّةٍ.

(٤) أي: مُوجَبُ شبهِ العمدِ على قولِ أبي حنيفة وقَولِهِما.

وِيتعلَّقُ به حِرمانُ المِيراثِ. والخَطأ على نوعَينِ: خَطأٌ في القَصدِ، وهو: أن يَرميَ شَخصاً يَظُنُّهُ صَيداً، فإذا هو آدميٌّ، أو يَظُنُّهُ حَربيّاً، فإذا هو مُسلِمٌ.

بالقتلِ ابتداءً، لا بمعنى يَحدُثُ من بعد[1]، فهي على العاقلةِ اعتباراً بالخطأ، وتجبُ في ثلاثِ سنينَ؛ لِقَضيَّةِ عمرَ بنِ الخطاب رضي الله عنه[2]، وتجبُ مُغلَّظَةً، وسنبيِّنُ صفةَ التَّغليظِ من بعدُ إن شاء الله تعالى.

(وِيتعلَّقُ به حِرمانُ المِيراثِ)؛ لأنَّه جزاءُ القَتلِ، والشُّبهةُ تُؤثِّرُ في سُقوطِ القِصاصِ دونَ حِرمانِ الميراثِ.

ومالكٌ[3] وإن أنكرَ معرفةَ شِبهِ العمدِ، فالحُجَّةُ عليه ما أسلفناه.

ثالثا: القتل الخطأ

قال: (والخَطأ على نوعَينِ):

- (خَطأٌ في القَصدِ، وهو: أن يَرميَ شَخصاً يَظُنُّهُ صَيداً، فإذا هو آدميٌّ، أو يَظُنُّهُ حَربيّاً، فإذا هو مُسلِمٌ).

---

(١) احترز بقوله: «لا بمعنى يحدُثُ من بعدُ» عمَّا تصالحوا فيه على الدِّيةِ، وعن قتل الوالدِ ولدَهُ عمداً، وعن إقرارِ القاتلِ بالقتلِ خطأ، وقد كان قتلَهُ عمداً، فإنَّ في هذه الصُّورة تجبُ الدِّيةُ على القاتل في مالِهِ.

(٢) روى ابن أبي شيبة في مصنفه عن الشَّعبيِّ، وعن إبراهيم، قالا: أوَّلُ مَن فَرَضَ العَطاءَ عمرُ بنُ الخَطَّابِ، وفَرَضَ فيه الدِّيةَ كاملةً في ثلاثِ سنين، ثُلُثا الدِّيةِ في سَنَتَينِ، والنِّصفُ في سنتين، والثُّلُثُ في سنة، وما دونَ ذلك في عامِهِ.

(٣) المشهورُ عند المالكيَّة أنَّ القتلَ نوعان: عمدٌ وخطأ، لأنَّه ليس في كتاب الله إلَّا العمدُ والخطأ، فمن زاد قسماً ثالثا زاد على النَّصِّ، يقول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا﴾ [النِّساء: ٩٢] الآية، فلا واسطة بين العمد والخطأ.

وفي غيرِ المشهورِ يقول ابنُ وَهبٍ من المالكيَّةِ بثبوت شبهِ العمدِ، رواه ابن حبيب عنه، وعن ابن شهاب، وربيعة، وأبي الزِّناد، وحكاه العراقيون عن مالك. انظر تفصيل المسألة في المدونة الكبرى (٤/ ٥٦٠) ط دار الكتب العلمية، وشرح مختصر خليل للخرشي (٨/ ٣١) ط دار صادر، والمنتقى للباجي شرح الموطأ (/ ١٠٠) ط مطبعة السعادة.

وخَطأٌ في الفِعلِ، وهو: أنْ يَرمِيَ غَرَضاً فَيُصيبُ آدمِيّاً. ومُوجَبُ ذلك الكَفَّارةُ والدِّيةُ على العاقِلَةِ، ولا إثمَ فيه ويَحرُمُ مِنَ المِيراثِ. وما أُجرِيَ مُجرَى الخَطأ، مِثلُ النَّائمِ يَنقلِبُ على رجلٍ فَيَقتُلُهُ، فَحُكمُهُ حُكمُ الخطأ في الشَّرعِ. وأمَّا القتلُ بِسَببٍ، كحافِرِ البِئرِ، وواضِعِ الحَجَرِ في غيرِ مِلكِهِ، ومُوجَبُهُ إذا تَلِفَ فيه آدميٌّ الدِّيةُ على العاقِلَةِ،

- (وخَطأٌ في الفِعلِ، وهو: أنْ يَرمِيَ غَرَضاً فَيُصيبُ آدمِيّاً).

(ومُوجَبُ ذلك الكَفَّارةُ والدِّيةُ على العاقِلَةِ)؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢] الآية، وهي على عاقلتِهِ في ثلاثِ سنينَ، لِما بيَّنَّاه[1].

(ولا إثمَ فيه)، يعني: في الوجهين. قالوا: المرادُ إثمُ القتلِ، فأمَّا في نفسِهِ فلا يَعرَى عن الإثمِ من حيثُ تَرْكُ العزيمةِ والمُبالغةِ في التَّثبُّتِ في حالِ الرَّمي، إذ شَرْعُ الكفَّارةِ يُؤذِنُ باعتبارِ هذا المعنى.

(ويُحرَمُ مِنَ المِيراثِ)؛ لأنَّ فيه إثماً، فيصحُّ تعليقُ الحِرمانِ به.

بخلاف ما إذا تعمَّدَ الضَّربَ مَوضِعاً من جسدِهِ، فأخطأ فأصابَ مَوضِعاً آخَرَ فماتَ، حيث يجبُ القِصاصُ؛ لأنَّ القتلَ قد وُجِدَ بالقَصدِ إلى بعضِ بَدنِهِ، وجميعُ البدنِ كالمَحلِّ الواحدِ.

رابعا: ما أجري مجرى الخطأ من القتل

قال: (وما أُجرِيَ مُجرَى الخَطأ، مِثلُ النَّائمِ يَنقلِبُ على رجلٍ فَيَقتُلُهُ، فَحُكمُهُ حُكمُ الخَطأ في الشَّرعِ).

خامسا: القتل بسبب

(وأمَّا القَتلُ بِسَببٍ، كحافِرِ البِئرِ، وواضِعِ الحَجَرِ في غيرِ مِلكِهِ، ومُوجَبُهُ إذا تَلِفَ فيه آدميٌّ الدِّيةُ على العاقِلَةِ)؛ لأنَّه سببُ التَّلَفِ، وهو مُتعدٍّ فيه، ....

---

(١) إشارة إلى قوله: «وتجب في ثلاث سنين لقضيَّةِ عمر رضي الله عنه».

ولا كفَّارةَ فيه، ولا يَتعَلَّقُ به حِرمانُ المِيراثِ. وما يكونُ شِبهَ عَمدٍ في النَّفسِ فهو عَمْدٌ فيما سِواها.

فأُنزِلَ مُوقِعاً دافعاً[1]، فوَجَبَتِ الدِّيةُ.

(ولا كفَّارةَ فيه، ولا يَتعَلَّقُ به حِرمانُ المِيراثِ)، وقال الشَّافعيُّ: يُلحَقُ بالخَطإ في أحكامِهِ؛ لأنَّ الشَّرعَ أنزلَهُ قاتلاً[2].

ولنا: أنَّ القتلَ معدومٌ منه حقيقةً، فألحِقَ به في حقِّ الضَّمانِ، فبقي في حقِّ غيرِهِ على الأصل، وهو إنْ كان يأثَمُ بالحَفرِ في غيرِ مِلكِهِ، لا يأثَمُ بالموتِ على ما قالوا.

وهذه كفَّارةُ ذَنبِ القَتلِ، وكذا الحِرمانُ بسببِهِ[3].

(وما يكونُ شِبهَ عَمدٍ في النَّفسِ فهو عَمْدٌ فيما سِواها)؛ لأنَّ إتلافَ النَّفسِ يَختلِفُ باختلافِ الآلةِ، وما دونَها لا يَختَصُّ إتلافُهُ بآلةٍ دونَ آلةٍ.

---

(١) أي: أنزل منزلةَ من أوقعَ غيرَهُ في البئرِ، أو دفعَهُ فوَقَع على الحجر.

(٢) يعني: في حقِّ الضَّمان، فكذا في الكفَّارة والحرمان. عناية.

(٣) والحال أنَّه لا قتل، فلا كفارة ولا حرمان.

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

القِصاصُ واجِبٌ بِقَتلِ كلِّ مَحقُونِ الدَّمِ على التَّأبيدِ إذا قُتِلَ عمداً. ويُقتَلُ الحُرُّ بالحُرِّ، والحُرُّ بالعبدِ، والمُسلِمُ بالذِّمِّيِّ، ....

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

قال: (القِصاصُ واجِبٌ بِقَتلِ كلِّ مَحقُونِ الدَّمِ على التَّأبيدِ[1] إذا قُتِلَ عمداً)، أمَّا العَمديَّةُ فَلِما بيَّنَّاه، وأمَّا حَقْنُ الدَّمِ على التَّأبيدِ فَلِتَنتفي شُبهةُ الإباحةِ، وتَتحقَّقَ المُساواةُ[2].

قال: (ويُقتَلُ الحُرُّ بالحُرِّ، والحُرُّ بالعبدِ)؛ لِلعُموماتِ.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يُقتَلُ الحرُّ بالعبدِ؛ لقوله تعالى: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ﴾ [البَقَرَة: ١٧٨]، ومن ضرورةِ هذه المُقابَلَةِ أن لا يُقتَلَ حُرٌّ بعبدٍ، ولأنَّ مَبنى القِصاصِ على المساواةِ، وهي مُنتفيةٌ بين المالكِ والمَملوكِ، ولهذا لا يُقطَعُ طَرَفُ الحرِّ بِطَرَفِهِ، بخلافِ العبدِ بالعبدِ؛ لأنَّهما يَستويان. وبخلافِ العبدِ حيثُ يُقتَلُ بالحُرِّ؛ لأنَّه تَفاوُتٌ إلى نقصانٍ.

ولنا: أنَّ القِصاصَ يَعتمِدُ المُساواةَ في العِصمةِ، وهي بالدِّينِ أو بالدَّارِ، ويستويان فيهما، وجَرَيانُ القِصاصِ بينَ العبدينِ يُؤذِنُ بانتفاءِ شُبهةِ الإباحةِ، والنَّصُّ تخصيصٌ بالذِّكرِ، فلا ينفي ما عداه.

قال: (والمُسلِمُ بالذِّمِّيِّ)، خلافاً للشَّافعيِّ[3]، له: قوله ﷺ: «لا يُقتَلُ مُؤمِنٌ بكافرٍ»[4]، ولأنَّه لا مُساواةَ بينهما وقتَ الجنايةِ، وكذا الكفرُ مُبيحٌ، فَيُورِثُ الشُّبهةَ.

---

(١) احترازٌ عن المستأمن، فإنَّ في دمِهِ شُبهةَ الإباحةِ بالعَودِ إلى دارِ الحربِ المُزيلةِ للمُساواةِ المُنبئِ عنها القصاص. عناية.

(٢) أي: بين القاتلِ والمقتولِ. بناية.

(٣) انظر مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين (٤/ ١٦) ط دار الفكر.

(٤) البخاري في العلم، باب: كتابة العلم (١١١) عن أبي جُحيفةَ قال: قلتُ لعليٍّ: هل عندكم كتابٌ؟ =

ولا يُقتَلُ بالمُستأمَنِ، ولا يُقتَلُ الذِّمِّيُّ بالمُستأمَنِ، ويُقتَلُ المُستأمَنُ بالمُستأمَنِ،

ولنا: ما روي أنَّ النَّبيَّ ﷺ قتَلَ مُسلِماً بذميٍّ[1]، ولأنَّ المُساواةَ في العصمةِ ثابتةٌ نظراً إلى التَّكليفِ أو الدَّارِ، والمُبيحُ كُفرُ المُحارِبِ دونَ المُسالِمِ، والقَتلُ بِمِثلِهِ[2] يُؤذِنُ بانتفاءِ الشُّبهةِ.

والمرادُ بما روى الحربيُّ لِسياقِهِ «ولا ذو عهدٍ في عَهدِهِ»، والعطفُ للمغايَرَةِ.

قال: (ولا يُقتَلُ بالمُستأمَنِ)؛ لأنَّه غيرُ مَحقُونِ الدَّمِ على التَّأبيدِ، وكذلك كُفرُهُ باعثٌ على الحِرابِ؛ لأنَّه على قَصدِ الرُّجوع.

(ولا يُقتَلُ الذِّمِّيُّ بالمُستأمَنِ)؛ لِما بيَّنَّا[3].

(ويُقتَلُ المُستأمَنُ بالمُستأمَنِ) قياساً لِلمُساواةِ، ولا يُقتَلُ استحساناً لقيامِ المُبيحِ.

= قال: لا، إلَّا كتابُ اللهِ، أو فَهمٌ أُعطيه رجلٌ مسلمٌ، أو ما في هذه الصَّحيفةِ. قال: قلت: فما في هذه الصَّحيفة؟ قال: العقلُ، وفِكاكُ الأسير، ولا يُقتَلُ مُسلمٌ بكافر».

وأخرجه أبو داود في الديات، باب: أيقاد المسلم بالكافر (٤٥٣٠) عن قيس بن عبَّاد قال: انطلقت أنا والأشتر إلى عليٍّ رضي الله عنه فقلنا: هل عَهِدَ إليكَ رسولُ الله ﷺ شيئاً لم يَعهَدْهُ إلى النَّاسِ عامَّةً؟ قال: لا، إلَّا ما في كتابي هذا، قال مُسدَّدٌ، قال: فأخرج كتاباً، وقال أحمد: كتاباً من قراب سيفه، فإذا فيه: «المؤمنون تتكافأ دماؤهم، وهم يدٌ على مَن سِواهُم، ويسعى بذِمَّتِهم أدناهم، ألا لا يُقتَلُ مؤمنٌ بكافرٍ، ولا ذو عهدٍ في عهدِهِ، مَن أحدَثَ حَدَثاً فعلى نفسِهِ، ومن أحدث حدَثاً أو آوى مُحدِثاً، فعليه لعنةُ اللهِ والملائكةِ والنَّاسِ أجمعين».

(١) أخرج الدار قطني في الحدود والدِّياتِ (١٦٥) عن ابن عمر: أنَّ رسولَ الله ﷺ قتَلَ مُسلِماً بِمُعاهد، وقال: «أنا أكرَمُ مَن وفَّى بذِمَّتِهِ».

(٢) أي: قتلُ الذِّمِّيِّ بالذِّمِّيِّ.

(٣) من أنَّه ليس محقونَ الدَّمِ على التَّأبيد.

ويُقتَلُ الرَّجلُ بالمرأةِ، والكبيرُ بالصَّغيرِ، والصَّحيحُ بالأعمى والزَّمِنِ وبناقِصِ الأطرافِ وبالمَجنونِ، ولا يُقتَلُ الرَّجلُ بِابنِهِ، ولا يُقتَلُ الرَّجلُ بِعَبدِهِ ولا مُدَبَّرِهِ ولا مُكاتَبِهِ، ولا بِعَبدِ وَلَدِهِ.

(ويُقتَلُ الرَّجلُ بالمرأةِ، والكبيرُ بالصَّغيرِ، والصَّحيحُ بالأعمى والزَّمِنِ وبناقِصِ الأطرافِ وبالمَجنونِ)؛ لِلعُموماتِ[1]، ولأنَّ في اعتبارِ التَّفاوتِ فيما وراءَ العصمةِ امتناعُ القصاصِ وظهورُ التَّقاتُلِ والتَّفاني.

قال: (ولا يُقتَلُ الرَّجلُ بِابنِهِ)؛ لقوله ﷺ: «لا يُقادُ الوالدُ بِوَلَدِهِ»[2]، وهو بإطلاقِهِ حجَّةٌ على مالكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ في قوله: «يُقادُ إذا ذبَحَهُ ذبحاً»[3]، ولأنَّه سببُ لإحيائه، فمِنَ المُحالِ أن يَستحِقَّ له إفناؤه، ولهذا لا يجوزُ له[4] قتلُهُ، وإنْ وَجَدَه في صفِّ الأعداءِ مُقاتلاً أو زانياً وهو مُحصَنٌ. والقِصاصُ يَستحقُّهُ المَقتولُ، ثمَّ يَخلُفُه وارثُهُ.

والجَدُّ من قِبَلِ الرِّجالِ أو النِّساءِ، وإن علا، في هذا بمنزلة الأبِ، وكذا الوالدةُ والجَدَّةُ من قِبَلِ الأبِ أو الأمِّ، قَرُبَتْ أو بَعُدَت لِما بيَّنَّا[5].

ويُقتَلُ الولدُ بالوالدِ لِعَدَمِ المُسقِطِ.

قال: (ولا يُقتَلُ الرَّجلُ بِعَبدِهِ ولا مُدَبَّرِهِ ولا مُكاتَبِهِ، ولا بِعَبدِ وَلَدِهِ)؛ لأنَّه لا يَستوجِبُ لنفسِهِ على نفسِهِ القِصاصَ، ولا ولدُهُ عليه، وكذا لا يُقتَلُ بعبدٍ مَلَكَ بعضَهُ؛ لأنَّ القِصاصَ لا يَتجزَّأ.

---

(١) يعني: الآيات الدَّالَّة بعمومها على وُجوبِ القِصاصِ.

(٢) أخرجه الترمذي في الديات، باب: ما جاء في الرَّجل يَقتُل ابنه يقاد منه أم لا (١٤٠٠)، وابن ماجه في الديات، باب: لا يقتل الوالد بولده (٢٦٦٢) عن عمر بن الخطاب.
وأخرجه الترمذي أيضا من حديث ابن عباس (١٤٠١)، ومن حديث سراقة (١٣٩٩).

(٣) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢٦٧) ط دار الفكر .

(٤) أي: لا يجوزُ للابن قتلُ الأب.

(٥) إشارة إلى قوله: لأنَّه سبب لإحيائه.

ومَنْ وَرِثَ قِصاصاً على أبيه سَقَطَ. ولا يُستوفَى القِصاصُ إلَّا بالسَّيفِ. وإذا قُتِلَ المُكاتَبُ عَمداً، وليس له وارِثٌ إلَّا المَولَى، وتَرَكَ وَفاءً، فَلَهُ القِصاصُ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا أرى في هذا قِصاصاً، ....

قال: (ومَنْ وَرِثَ قِصاصاً على أبيه[1] سَقَطَ)؛ لِحُرمةِ الأبوَّةِ.

قال: (ولا يُستوفَى القِصاصُ إلَّا بالسَّيفِ). وقال الشَّافعيُّ[2]: يُفعَلُ به مِثلَ ما فَعَلَ إنْ كان فِعلاً مشروعاً، فإنْ ماتَ وإلَّا تُحزُّ رقبَتُهُ؛ لأنَّ مَبنى القِصاص على المُساواةِ.

ولنا: قولُه عليه الصَّلاةُ والسَّلامُ: «لا قَوَدَ إلَّا بالسَّيف»[3]، والمرادُ به السِّلاحُ، ولأنَّ فيما ذهب إليه استيفاءَ الزِّيادةِ لو لم يَحصلِ المَقصودُ بِمِثلِ ما فَعَلَ، فَيُحَزُّ، فيجبُ التَّحرُّزُ عنه كما في كَسرِ العَظمِ.

قال: (وإذا قُتِلَ المُكاتَبُ عَمداً، وليس له وارِثٌ إلَّا المَولَى، وتَرَكَ وَفاءً، فَلَهُ القِصاصُ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا أرى في هذا قِصاصاً)؛ لأنَّه اشتَبَهَ سببُ الاستيفاءِ، فإنَّه[4] الولاءُ إن مات حرّاً، والمِلكُ إن ماتَ عبداً، وصار كمَنْ قال لِغَيرِهِ: «بِعْني هذه الجاريةَ بكذا»، وقال المولى: «زوَّجتُها منكَ» لا يَحِلُّ له وَطؤُها؛ لاختلافِ السَّببِ، كذا هذا.

---

(١) مِثلُ أن يَقتُلَ الرَّجلُ أمَّ ابنِهِ مثلاً.

(٢) قال المالكيَّةُ والشَّافعيَّةُ وهو رواية عند الحنابلة: لأهل القتيل أن يَفعلُوا بالجاني كما فعل، يُقتَلَ بِمِثلِ ما قَتَلَ؛ لقوله تعالى ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾[النّحل: ١٢٦] انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢٦٥) ط دار الفكر، ومغني المحتاج شرح منهاج الطالبين (٤/ ٤٤- ٤٥) ط دار الفكر، والمغني لابن قدامة (٨/ ٣٠٤) ط مكتبة القاهرة.

(٣) أخرجه ابن ماجه من حديث النُّعمان بن بشير، في الديات، باب: لا قود إلا بالسيف (٢٦٦٧)، ومن حديث أبي بكرة (٢٦٦٨). والطبراني في الكبير من حديث عبد الله بن مسعود (١٠/ ٨٩) (١٠٠٤٤)، والدراقطني من حديث أبي هريرة في الحدود والديات (٢٠).

(٤) أي: سبب الاستيفاء.

ولو تَرَكَ وَفاءً وله وارِثٌ غيرُ المَولَى فلا قِصاصَ وإنِ اجتَمَعُوا مع المولى، وإنْ لم يَترُكْ وَفاءً وله وَرَثَةٌ أحرارٌ، وَجَبَ القِصاصُ لِلمَولَى في قولِهِم جميعاً. وإذا قُتِلَ عبدُ الرَّهنِ في يدِ المُرتَهِنِ، لم يَجِبِ القِصاصُ حتَّى يَجتمِعَ الرَّاهِنُ والمُرتَهِنُ. وإذا قُتِلَ وَليُّ المَعتوهِ، ....

ولهما: أنَّ حَقَّ الاستيفاءِ للمولى بِيَقينٍ على التَّقديرين[1]، وهو[2] معلومٌ، والحُكمُ مُتَّحِدٌ[3]، واختلافُ السَّببِ لا يُفضِي إلى المُنازعةِ، ولا إلى اختلافِ حُكمٍ، فلا يُبالَى به، بخلاف تلك المسألةِ؛ لأنَّ حكمَ مِلكِ اليمينِ يُغايِرُ حُكمَ النِّكاحِ.

(ولو تَرَكَ وَفاءً وله وارِثٌ غيرُ المَولَى فلا قِصاصَ، وإنِ اجتَمَعُوا مع المولى)؛ لأنَّه اشتَبَهَ مَنْ له الحَقُّ؛ لأنَّه المولى إنْ مات عبداً، والوارثُ إن ماتَ حرّاً؛ إذْ ظَهَرَ الاختلافُ بينَ الصَّحابةِ رضي الله عنهم في مَوتِهِ على نَعتِ الحرِّيَّةِ أو الرِّقِّ، بخلاف الأولى؛ لأنَّ المولى مُتعيِّنٌ فيها.

(وإنْ لم يَترُكْ وَفاءً وله وَرَثَةٌ أحرارٌ، وَجَبَ القِصاصُ لِلمَولَى في قولِهِم جميعاً)؛ لأنَّه مات عبداً بلا ريبٍ لانفساخِ الكتابةِ، بخلافِ مُعتَقِ البعضِ إذا ماتَ ولم يَترُكْ وَفاءً؛ لأنَّ العِتقَ في البعضِ لا يَنفسِخُ بالعجز.

(وإذا قُتِلَ عبدُ الرَّهنِ في يدِ المُرتَهِنِ، لم يَجِبِ القِصاصُ حتَّى يَجتمِعَ الرَّاهِنُ والمُرتَهِنُ)؛ لأنَّ المُرتَهِنَ لا مِلكَ له فلا يليه، والرَّاهنُ لو تولَّاه لَبَطَلَ حقُّ المُرتهِنِ في الدَّينِ، فَيُشتَرَطُ اجتماعُهُما لِيَسقُطَ حقُّ المُرتَهِنِ برضاه.

قال: (وإذا قُتِلَ وَليُّ المَعتوهِ[4]، ....

---

(١) أي: على تقدير أنَّه مات حرّاً، وعلى تقدير أنَّه مات عبداً.

(٢) أي: المولى.

(٣) وهو استيفاءُ القصاص. بناية.

(٤) يعني: ابنه.

فَلأبيهِ أن يَقتُلَ ولَهُ أنْ يُصالِحَ، وكذلك إن قُطِعَتْ يدُ المَعتوهِ عمداً، والوصيُّ بمنزلةِ الأبِ في جميعِ ذلك، إلَّا أنَّه لا يَقتُلُ. ....

فَلأبيهِ[1] أن يَقتُلَ)؛ لأنَّه[2] من الولايةِ على النَّفسِ شُرِعَ لأمرٍ راجعٍ إليها، وهو تَشفِّي الصَّدرِ، فيليه كالإنكاح، (ولَهُ أنْ يُصالِحَ)؛ لأنَّه أنظَرُ في حقِّ المعتوهِ، وليس له أن يعفوَ؛ لأنَّ فيه إبطالَ حقِّه.

(وكذلك إن قُطِعَتْ يدُ المَعتوهِ عمداً)؛ لِما ذكرنا[3].

(والوصيُّ بمنزلةِ الأبِ في جميعِ ذلك، إلَّا أنَّه لا يَقتُلُ)؛ لأنَّه ليس له وِلايةٌ على نفسِه، وهذا[4] من قبيلِه. ويندرجُ تحتَ هذا الإطلاقِ[5] الصُّلحُ عن النَّفسِ، واستيفاءُ القِصاصِ في الطَّرفِ، فإنَّه لم يَستَثنِ إلَّا القتلَ. وفي كتاب الصُّلحِ أنَّ الوصيَّ لا يَملِكُ الصُّلحَ[6]؛ لأنَّه تصرُّفٌ في النَّفسِ بالاعتياض عنه، فَيُنزَّل منزلةَ الاستيفاءِ.

ووجهُ المذكورِ هاهنا: أنَّ المقصودَ من الصُّلحِ المالُ، وأنَّه يجبُ بِعَقدِهِ[7] كما يَجبُ بِعَقدِ الأبِ، بخلافِ القصاص؛ لأنَّ المقصودَ التَّشفِّي، وهو مختَصٌّ بالأب، ولا يَملِكُ العَفوَ؛ لأنَّ الأبَ لا يَملِكُه لِما فيه من الإبطالِ، فهو أولى.

وقالوا: القياسُ ألَّا يَملِكَ الوصيُّ الاستيفاءَ في الطَّرفِ، كما لا يَملِكُه في النَّفسِ؛ لأنَّ المقصودَ متَّحدٌ، وهو التَّشفِّي، وفي الاستحسانِ يَملِكُه؛ لأنَّ

(١) أي: أبو المعتوه، وهو جدُّ المقتول.

(٢) أي: الاستيفاء.

(٣) إشارة إلى قوله: «لأنَّه من الولايةِ على النَّفس».

(٤) أي: استيفاءُ القصاص.

(٥) وهو قوله: «والوصيُّ بمنزلة الأب».

(٦) يعني: عن النَّفس، وأمَّا عمَّا دونَها فيملِكُه. عناية.

(٧) أي: بعقدِ الوصيِّ.

ومَنْ قُتِلَ وله أولياءُ صِغارٌ وكبارٌ، فَلِلكبارِ أن يَقتُلُوا القاتلَ عند أبي حنيفة، وقالا: ليس لهم ذلك حتَّى يُدرِكَ الصِّغارُ. ومَنْ ضَرَبَ رجلاً بِمَرٍّ فقتَلَه، فإن أصابَهُ بالحديدِ قُتِلَ به، وإن أصابَهُ بالعُودِ فَعَلَيهِ الدِّيةُ. ....

الأطرافَ يُسلَكُ بها مَسلَكُ الأموالِ، فإنَّها خُلِقَت وِقايةً للأنفس كالمالِ على ما عُرِف، فكان استيفاؤُهُ[1] بمنزلةِ التَّصرُّفِ في المال.

والصَّبيُّ بمنزلةِ المَعتوهِ في هذا[2]، والقاضي بمنزلةِ الأبِ في الصَّحيح؛ ألا ترى أنَّ مَن قُتِلَ ولا وليَّ له، يَستوفيهِ السُّلطانُ، والقاضي بمنزلتِهِ فيه.

قال: (ومَنْ قُتِلَ وله أولياءُ صِغارٌ وكبارٌ، فَلِلكبارِ أن يَقتُلُوا القاتلَ عند أبي حنيفة، وقالا: ليس لهم ذلك حتَّى يُدرِكَ الصِّغارُ)؛ لأنَّ القِصاصَ مُشتَرَكٌ بينهم، ولا يُمكِنُ استيفاءُ البعضِ لِعَدَمِ التَّجزِّي، وفي استيفائِهِم الكلَّ إبطالُ حقِّ الصِّغارِ، فَيُؤَخَّرُ إلى إدراكِهِم كما إذا كانَ بينَ الكبيرين وأحدُهُما غائبٌ، أو كان بينَ المَولَيَيْنِ.

وله: أنَّه حَقٌّ لا يتجزَّأ لِثُبوتِهِ بسببٍ لا يَتجزَّأ، وهو القرابةُ، واحتمالُ العَفوِ من الصَّغيرِ مُنقطِعٌ، فيثبُتُ لِكلِّ واحدٍ منهما كَمَلاً، كما في ولاية الإنكاح. بخلافِ الكبيرين؛ لأنَّ احتمالَ العَفوِ من الغائبِ ثابتٌ، ومسألةُ المَولَيَينِ ممنوعةٌ.

قال: (ومَنْ ضَرَبَ رجلاً بِمَرٍّ[3] فقتَلَه، فإن أصابَهُ بالحديدِ قُتِلَ به، وإن أصابَهُ بالعُودِ فَعَلَيهِ الدِّيةُ). قال رضي الله عنه: وهذا إذا أصابَهُ بحَدِّ الحديدِ؛ لِوُجودِ الجَرحِ، فكَمُلَ السَّببُ، وإن أصابَهُ بِظَهرِ الحديدِ، فعندهما يَجِبُ، وهو روايةٌ عن أبي حنيفة اعتباراً منه للآلة، وهو الحديد، وعنه: إنَّما يَجِبُ إذا جَرَحَ، وهو الأصحُّ على ما نبيِّنُه إن شاء الله تعالى، وعلى هذا الضَّربُ بِسَنجاتِ الميزان.

---

(١) أي: استيفاءُ الوصيِّ.

(٢) أي: في القتل والصُّلح.

(٣) «المَرّ» بفتح الميم وتشديد الرَّاء: وهو خشبةٌ طويلةٌ في رأسِها حديدةٌ عريضةٌ، من فوقها خشَبَةٌ عريضةٌ، يضعُ الرَّجلُ رِجلَهُ عليها ويَحفِرُ بها الأرض.

وَمَنْ غَرَّقَ صبيّاً أو بالغاً في البحرِ فلا قِصاصَ. ....

وأمَّا إذا ضربَهُ بالعُودِ فإنَّما تجبُ الدِّيةُ لِوُجودِ قَتلِ النَّفسِ المَعصومةِ، وامتناعِ القِصاصِ، حتَّى لا يُهدَرَ الدَّمُ.

ثمَّ قيل: هو[١] بمنزلةِ العصا الكبيرةِ، فيكون قتلاً بالمُثقَّلِ، وفيه خلافُ أبي حنيفة على ما نُبيِّنُ، وقيل: هو بمنزلة السَّوطِ، وفيه خلافُ الشَّافعيِّ، وهي مسألةُ المُوالاةِ[٢].

له: أنَّ المُوالاةَ في الضَّرباتِ إلى أن ماتَ دليلُ العَمديَّةِ، فَيتحقَّقُ المُوجِبُ.

ولنا: ما روينا «ألا إنَّ قتيلَ خطإِ العمدِ»، ويروى «شِبهِ العمد»، الحديث[٣]، ولأنَّ فيه شُبهةَ عَدَمِ العَمديَّةِ؛ لأنَّ المُوالاةَ قد تُستعمَلُ للتَّأديبِ، أو لعَلَّهُ اعتراه القصدُ في خلالِ الضَّرَباتِ، فَيَعرَى أوَّلُ الفعلِ عنه، وعساه أصابَ المَقتَلَ[٤]، والشُّبهةُ دارئةٌ لِلقَوَدِ، فوجب الدِّيةُ.

قال: (وَمَنْ غَرَّقَ صبيّاً أو بالغاً في البحرِ فلا قِصاصَ) عند أبي حنيفة، وقالا: يُقتَصُّ منه، وهو قولُ الشَّافعيِّ[٥]، غيرَ أنَّ عندهما يُستوفَى حَزّاً، وعنده يُغرَّقُ كما بيَّنَّاه من قبل.

لهم: قولُهُ ﷺ: «مَن غَرَّقَ غَرَّقناه»[٦]، ولأنَّ الآلةَ قاتلةٌ فاستعمالُها أمارةُ

---

(١) أي: عودُ المَرِّ.

(٢) أي: الموالاة في الضَّربِ بالعصا الصَّغيرةِ أو الحجر الصَّغيرِ، إذا والى الضَّرباتِ، لا يجب القصاصُ به. بناية.

(٣) تقدم معنا حديث «ألا إنَّ ديةَ الخطأ شبهُ العمدِ ما كان بالسوط والعصا» انظر ص (٤٤٢) ت (١).

(٤) أي: لعلَّ أوَّلَ الفعل أصابَ مَقتلاً.

(٥) انظر مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين(٤/٦) ط دار الفكر .

(٦) أخرجه البيهقي في الكبرى، كتاب النفقات، باب: عَمْدِ القتل بالحجر وغيرِهِ ممَّا الأغلَبُ أنَّه لا يُعاش من مثلِهِ (١٦٤١٥)، وفي الصغرى، كتاب الجراح، باب: شبه العمد الذي تجب به الدية المغلظة ولا يجب به القود (٣١٦٧) عن البراء أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «من عَرَّضَ عَرَّضنا له، ومن حَرَّقَ حرَّقناه، ومَن غرَّقَ غَرَّقناه».

وَمَنْ جَرَحَ رجلاً عمداً، فلم يَزَلْ صاحبَ فراشٍ حتَّى مات، فعليهِ القِصاصُ.

العَمديَّةِ، ولا مِراءَ في العِصمَةِ.

وله: قولُهُ ﷺ: «ألا إنَّ قتيلَ خطإِ العمدِ قتيلُ السَّوطِ والعَصا»[١]، وفيه «وفي كلِّ خطإٍ أرشٌ»[٢]؛ لأنَّ الآلةَ غيرُ مُعدَّةٍ للقتل، ولا مُستعمَلَةٌ فيه لِتَعذُّرِ استعمالِهِ، فتمكَّنتْ شبهةُ عَدَمِ العَمديَّةِ، ولأنَّ القِصاصَ يُنبِئُ عن المُماثلةِ، ومنه يقال: اقتَصَّ أثرَهُ، ومنه المِقَصَّةُ للجَلَمَينِ[٣]، ولا تَماثُلُ بين الجَرْحِ والدَّقِّ؛ لِقُصورِ الثَّاني عن تخريبِ الظَّاهرِ، وكذا لا يَتماثلانِ في حِكمةِ الزَّجرِ؛ لأنَّ القتلَ بالسِّلاحِ غالبٌ، وبالمُثقَّلِ نادرٌ.

وما رواه غيرُ مرفوعٍ، أو هو محمولٌ على السِّياسةِ، وقد أومَتْ إليه إضافتُهُ إلى نفسِهِ فيه، وإذا امتنَعَ القِصاصُ وجبَتِ الدِّيةُ، وهي على العاقلةِ، وقد ذكرناه.

واختلافُ الرِّوايتينِ في الكفَّارة[٤].

قال: (وَمَنْ جَرَحَ رجلاً عمداً، فلم يَزَلْ صاحبَ فراشٍ حتَّى مات، فعليهِ القِصاصُ)؛ لوجودِ السَّببِ[٥]، وعدَمِ ما يُبطِلُ حُكمَهُ[٦] في الظَّاهرِ، فأضيف إليه[٧].

---

(١) تقدَّم، انظر ص (٤٤٢) ت (١).

(٢) أخرجه عبد الرزاق، كتاب العقول، باب: عمد السلاح (١٧١٨٢)، وابن أبي شيبة في الديات، باب: من قال: العمد بالحديد (٢٧٦٨١)، والبيهقي في الكبرى، في النفقات، باب: عمدُ القتلِ بالسَّيفِ أو السِّكينِ أو ما يَشُقُّ بحدِّه (١٦٤٠٣) عن النُّعمانِ بن بشير أنَّ رسول الله ﷺ قال: «كلُّ شيءٍ خطأ إلَّا السَّيفَ، ولكلِّ خطأ أرشٌ».

(٣) الجَلَمانِ المِقْراضانِ، واحدُهما جَلَمٌ للذي يُجزُّ به.

(٤) أي: اختلافُ الرِّوايتين عن أبي حنيفة رحمه الله إنَّما كان في الكفَّارة، فإنَّه روي عنه أنَّه لا كفَّارة في شبه العمد، وروى الطَّحاويُّ أنَّ فيه الكفارةَ عنده، وأمَّا الدِّيةُ فإنَّها واجبةٌ عنده من غير تردُّد. عناية.

(٥) يعني: سفك دمٍ محقون على التَّأبيد عمداً.

(٦) يعني: من عَفوٍ أو شُبهةٍ.

(٧) أي: إلى الظَّاهر.

وإذا التقى الصَّفَّانِ من المسلمينَ والمُشركينَ، فقَتَلَ مُسلمٌ مُسلِماً ظَنَّ أنَّه مُشرِكٌ، فلا قَوَدَ عليه، وعليه الكفَّارةُ.

قال: (وإذا التقى الصَّفَّانِ من المسلمينَ والمُشركينَ، فقَتَلَ مُسلمٌ مُسلِماً ظَنَّ أنَّه مُشرِكٌ، فلا قَوَدَ عليه، وعليه الكفَّارةُ)؛ لأنَّ هذا أحدُ نوعي الخطإ على ما بيَّنَّاه، والخطأُ بنوعيه لا يُوجِبُ القَوَدَ ويُوجِبُ الكفَّارةَ، وكذا الدِّيةَ[1] على ما نطَقَ به نصُّ الكتابِ[2]، ولَمَّا اختلفت سيوفُ المسلمينَ على اليَمانِ، أبي حذيفةَ، قضى رسولُ الله ﷺ بالدِّيةِ[3]، قالوا: إنَّما تجبُ الدِّيةُ إذا كانوا مُختَلِطين، فإن كان في صفِّ المشركين لا تجبُ لِسُقوطِ عِصمتِهِ بتكثيرِ سوادِهم، قال ﷺ: «مَن كثَّر سوادَ قومٍ فهو منهم»[4].

(١) منصوبٌ عطفاً على «الكفَّارة».

(٢) يريد به قوله تعالى ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا...﴾ [النساء: ٩٢]

(٣) أخرج الحاكم (٣/ ٢٢٢) (٤٩٠٩) عن محمود بن لبيد قال: لمَّا خرج رسولُ الله ﷺ إلى أُحُدٍ وَقَعَ اليَمانُ بنُ جابر أبُ حذيفة وثابتُ بنُ وقش بنُ زرعوراء في الآطام مع النِّساء والصِّبيان، فقال أحدُهُما لصاحبه، وهما شيخان كبيران: لا أبا لك ما نَنتظِرُ، فوالله ما بَقِيَ لواحدٍ منَّا من عمرِهِ إلَّا ظمأ حمارٍ، إنَّما نحن هامةُ القوم، ألا نأخذُ أسيافَنا ثمَّ نلحَقُ برسولِ الله ﷺ، فدخلا في المسلمين ولا يَعلمون بهما، فأمَّا ثابتُ بنُ وقش فقَتَلَه المشركون، وأمَّا أبُ حذيفةَ فاختَلَفَتْ عليه أسيافُ المسلمين فقتَلُوه ولا يَعرِفونه، فقال حذيفة: أبي أبي، فقالوا: واللهِ ما عرفناه، وصدقوا، فقال حذيفةُ: يَغفِرُ اللهُ لكم وهو أرحم الرَّاحمين، فأراد رسولُ الله ﷺ أن يَدِيَه، فتصَدَّقَ به حذيفةُ على المسلمين، فزادَهُ ذلك عندَ رسول الله ﷺ.

قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرِّجاه.

(٤) قال الزيلعي (٤/ ٣٤٧): رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده عن عمرو بن الحارث أنَّ رجلاً دعا عبدَ الله بن مسعود إلى وليمة، فلمَّا جاء ليدخل سَمِعَ لهواً، فلم يدخل، فقال له: لِمَ رجعتَ؟ قال: إنِّي سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: «مَن كثَّرَ سوادَ قومٍ، فهو منهم، ومَن رضي عملَ قَومٍ كان شريكَ مَنْ عَمِل به».

ومَنْ شَجَّ نَفْسَهُ، وشَجَّهُ رجلٌ، وعقَرَهُ أسَدٌ، وأصابَتْهُ حيَّةٌ، فماتَ من ذلك كلِّهِ، فعلى الأجنبيِّ ثُلُثُ الدِّيَةِ.

فصل

ومَنْ شَهَرَ على المسلمينَ سَيْفاً فَعَلَيهم أنْ يَقتُلُوهُ. ....

قال: (**ومَنْ شَجَّ نَفْسَهُ، وشَجَّهُ رجلٌ، وعقَرَهُ أسَدٌ، وأصابَتْهُ حيَّةٌ، فماتَ من ذلك كلِّهِ، فعلى الأجنبيِّ ثُلُثُ الدِّيَةِ**)؛ لأنَّ فِعلَ الأسدِ والحيَّةِ جنسٌ واحدٌ؛ لكونِهِ هَدْراً في الدُّنيا والآخرةِ، وفِعلَهُ بنفسِهِ هَدْرٌ في الدُّنيا مُعتَبَرٌ في الآخرةِ، حتَّى يأثَمُ عليه.

وفي النَّوادرِ: أنَّ عند أبي حنيفة ومحمد يُغسَّلُ ويُصلَّى عليه، وعند أبي يوسف: يُغسَّلُ ولا يُصلَّى عليه.

وفي شرح السِّيَرِ الكبير ذَكَرَ في الصَّلاةِ عليه اختلافَ المشايخ، على ما كتبناه في كتاب التَّجنيسِ والمَزِيد، فلم يكن هَدْراً مُطلَقاً، وكان جنساً آخَرَ.

وفِعلُ الأجنبيِّ مُعتَبَرٌ في الدُّنيا والآخرةِ، فصارت ثلاثةَ أجناسٍ، فكأنَّ النَّفسَ تَلِفَتْ بثلاثةِ أفعالٍ، فيكونُ التَّالفُ بفعلِ كلِّ واحدٍ ثُلُثَهُ، فيجبُ عليه ثُلُثُ الدِّيَةِ، والله أعلم.

(فصل)

قال: (**ومَنْ شَهَرَ على المسلمينَ سَيْفاً فَعَلَيهم أنْ يَقتُلُوهُ**)؛ لقوله ﷺ: «مَنْ شَهَرَ على المسلمينَ سيفاً فقد أطَلَّ[1] دَمَهُ»[2]، ولأنَّه باغٍ فَتَسقُطُ عِصمتُهُ بِبَغيِهِ، ولأنَّه تعيَّنَ طريقاً لِدَفعِ القتلِ عن نفسِهِ، فله قتلُهُ.

---

(١) أي: أهدر.

(٢) أخرجه النسائي في الصغرى، كتاب تحريم الدَّم، باب: من شهر سيفه ثمَّ وضَعَه في النَّاس (٤٠٩٧)، والحاكم (٢/ ١٧١) (٢٦٧٠) وقال: صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه، عن ابن الزُّبير عن رسول الله ﷺ قال: «من شَهَرَ سيفَهُ، ثمَّ وَضَعَه، فدَمُهُ هَدْرٌ».

وإنْ شَهَرَ المَجنونُ على غيرِهِ سلاحاً، فقَتَلَهُ المَشهورُ عليه عمداً، فعَلَيهِ الدِّيةُ في مالِهِ. ....

وقولُهُ: «فعليهم»، وقولُ محمدٍ في الجامع الصَّغير: «فحَقٌّ على المسلمين أن يَقتلُوه» إشارةٌ إلى الوجوب، والمعنى وُجوبُ دَفعِ الضَّررِ.

وفي سَرقةِ الجامع الصغير: ومَن شَهَرَ على رجلٍ سلاحاً ليلاً أو نهاراً، أو شَهَرَ عليه عصاً ليلاً في مصرٍ، أو نهاراً في طريقٍ في غيرِ مصرٍ، فقَتَلَهُ المشهورُ عليه عمداً، فلا شيءَ عليه؛ لِما بيَّنَّا[١]. وهذا؛ لأنَّ السِّلاحَ لا يَلبَثُ فَيحتاجُ إلى دفعِهِ بالقَتلِ، والعصا الصَّغيرةُ وإن كانت تَلبَثُ، ولكن في اللَّيلِ لا يَلحَقُهُ الغَوثُ، فيضطَّرُّ إلى دَفعِهِ بالقَتلِ، وكذا في النَّهار في غير المِصْرِ في الطَّريقِ، لا يَلحَقُهُ الغَوثُ، فإذا قتَلَهُ كان دَمُهُ هَدْراً، قالوا: فإن كان عصاً لا تلبَثُ يَحتمِلُ أن تكونَ مِثلَ السِّلاحِ عندهما.

قال: **(وإنْ شَهَرَ المَجنونُ على غيرِهِ سلاحاً، فقَتَلَهُ المَشهورُ عليه عمداً، فعَلَيهِ الدِّيةُ في مالِهِ)**، وقال الشَّافعيُّ: لا شيء عليه.

وعلى هذا الخلافِ الصَّبيُّ والدَّابَّةُ. وعن أبي يوسف: أنَّه يجبُ الضَّمانُ في الدَّابَّةِ، ولا يَجِبُ في الصَّبيِّ والمَجنونِ.

للشَّافعي: أنَّه قتَلَهُ دافعاً عن نفسِهِ، فَيُعتَبَرُ بالبالغِ الشَّاهرِ، ولأنَّه يصيرُ محمولاً على قَتلِهِ بفِعلِهِ، فأشبَهَ المُكرَهَ.

ولأبي يوسف: أنَّ فِعلَ الدَّابَّةِ غيرُ مُعتَبَرٍ أصلاً، حتَّى لو تَحقَّقَ لا يُوجِبُ الضَّمانَ، أمَّا فِعلُهُما[٢] مُعتَبَرٌ في الجملة، حتَّى لو حقَّقناه يجبُ عليهما الضَّمانُ، وكذا عِصمَتُهُما لِحَقِّهما، وعِصمةُ الدَّابَّةِ لحقِّ مالِكِها، فكان فِعلُهما مُسقِطاً للعِصمةِ دونَ فِعلِ الدَّابَّةِ.

---

(١) إشارةٌ إلى ما ذكَرَه من الحديثِ والمَعقولِ. عناية.

(٢) أي: فعلُ الصَّبيِّ والمجنون.

ومَنْ شَهَرَ على غيرِهِ سِلاحاً في المِصرِ، فَضَرَبَهُ، ثمَّ قَتَلَهُ الآخَرُ، فعلى القاتلِ القِصاصُ. ومَنْ دخَلَ عليه غيرُهُ ليلاً، وأخرَجَ السَّرقةَ، فاتَّبَعَه وقتَلَهُ، فلا شيءَ عليه.

ولنا: أنَّه قتَلَ شخصاً مَعصوماً، أو أتلَفَ مالاً معصوماً حقّاً للمالك، وفِعلُ الدَّابَّةِ لا يَصلُحُ مُسقِطاً، وكذا فِعلُهما، وإن كانت عِصمَتُهُما حَقَّهما؛ لعَدَمِ اختيارٍ صحيحٍ، ولهذا لا يجبُ القِصاصُ بِتَحقُّقِ الفعلِ منهما، بخلاف العاقلِ البالغ؛ لأنَّ له اختياراً صحيحاً، وإنَّما لا يجبُ القِصاصُ لوجودِ المُبيحِ، وهو دَفْعُ الشَّرِّ، فتجبُ الدِّية.

قال: (ومَنْ شَهَرَ على غيرِهِ سِلاحاً في المِصرِ، فَضَرَبَهُ، ثمَّ قَتَلَهُ الآخَرُ، فعلى القاتلِ القِصاصُ)، معناه: إذا ضَرَبَه فانصرَفَ؛ لأنَّه خرج من أن يكونَ مُحارِباً بالانصراف، فعادتْ عِصمَتُهُ.

قال: (ومَنْ دخَلَ عليه غيرُهُ ليلاً، وأخرَجَ السَّرقةَ، فاتَّبَعَه وقتَلَهُ، فلا شيءَ عليه)؛ لقوله ﷺ: «قاتِلْ دونَ مالكَ»[1]، ولأنَّه يُباحُ له القتلُ دفعاً في الابتداء، فكذا استرداداً في الانتهاء، وتأويلُ المسألةِ إذا كان لا يتمكَّنُ من الاستردادِ إلَّا بالقتل، والله أعلم.

---

(1) رواه البخاري في تاريخه الأوسط، في باب القاف، في ترجمة قُهَيد بن مُطرِّف الغِفاري، عن أبي هريرة، قال: أتى رجلٌ النَّبيَّ ﷺ، فقال: يا رسولَ الله، أرأيتَ إن أراد أحدٌ أن يأخذ مالي، قال: «أنشدْهُ اللهَ والإسلامَ ثلاثاً»، قال: قد فعلتُ، قال: «قاتِلْ دونَ مالِكَ»، قال: فإن قُتلتُ؟ قال: «في الجنَّة»، قال: فإن قتلتُهُ؟ قال: «في النَّار».

وأخرج مسلم نحوه في الإيمان، باب: الدَّليل على أنَّ مَن قَصَد أخذَ مالِ غيرِهِ بغير حقٍّ كان القاصدُ مُهدَرِ الدَّمِ في حقِّه وإنْ قُتِلَ كان في النَّار، وأنَّ من قُتِل دونَ مالِهِ فهو شهيد (١٤٠).

باب القصاص فيما دون النفس

ومَنْ قَطَعَ يَدَ غيرِهِ عَمداً مِنَ المِفصَلِ، قُطِعَتْ يدُهُ وإنْ كانت يدُهُ أكبرَ من اليدِ المَقطوعةِ. ومَنْ ضَرَبَ عَيْنَ رَجلٍ فَقَلَعَها لا قِصاصَ عليه، وفي السِّنِّ القِصاصُ وإنْ كانَ سِنُّ مَنْ يُقتَصُّ منه أكبرَ مِنْ سِنِّ الآخَرِ.

(باب القصاص فيما دون النفس)

قال: (ومَنْ قَطَعَ يَدَ غيرِهِ عَمداً مِنَ المِفصَلِ، قُطِعَتْ يدُهُ وإنْ كانت يدُهُ أكبرَ من اليدِ المَقطوعةِ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المَائدة: ٤٥]، وهو يُنبئُ عن المُماثلةِ، فكلُّ ما أمكنَ رِعايتُها فيه يَجِبُ فيه القصاصُ، وما لا فلا، وقد أمكَنَ في القَطعِ من المِفصَلِ فاعتُبِرَ، ولا مُعتبَرَ بِكِبَرِ اليدِ وصِغَرِها؛ لأنَّ مَنفعَةَ اليدِ لا تَختلِفُ بذلك، وكذلك الرِّجلُ ومارِنُ الأنفِ والأُذُنُ لإمكانِ رعايةِ المُماثلةِ.

قال: (ومَنْ ضَرَبَ عَيْنَ رَجلٍ فَقَلَعَها، لا قِصاصَ عليه)؛ لامتناع المُماثَلةِ في القَلْعِ، وإن كانت قائمةً فَذَهَبَ ضَوؤها فعليه القِصاصُ؛ لإمكانِ المُماثَلةِ على ما قال في الكتاب: تُحمَى له المِرآةُ ويُجعَلُ على وَجهِهِ قُطنٌ رَطْبٌ، وتَقابَلُ عينُهُ بالمِرآةِ، فيذهبُ ضَوؤُها، وهو مأثورٌ عن جماعةٍ من الصَّحابةِ رضي الله عنهم[1].

قال: (وفي السِّنِّ القِصاصُ)؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ﴾ [المَائدة: ٤٥]، (وإنْ كانَ سِنُّ مَنْ يُقتَصُّ منه أكبرَ مِنْ سِنِّ الآخَرِ)؛ لأنَّ منفعةَ السِّنِّ لا تَتفاوتُ بالصِّغَرِ والكِبَرِ.

(١) أخرج عبد الرَّزَّاق في مصنَّفه، كتاب العقول، باب: العين (١٧٤١٤) عن مَعْمَرٍ عن رجلٍ عن الحكم بن عتيبة، قال: لَطَمَ رجلٌ رجلاً، أو غيرَ اللَّطم، إلَّا أنَّه ذهَبَ بصرُهُ وعينُهُ قائمةٌ، فأرادوا أن يُقيدوه فأعيا عليهم وعلى النَّاسِ كيف يُقيدونه، وجعلوا لا يَدرونَ كيف يصنعون، فأتاهم عليٌّ فأمَرَ به، فَجَعَلَ على وَجهِهِ كُرسُفَ، ثمَّ استقبَلَ به الشَّمسَ وأدنى من عَينِهِ مِرآةً، فالتَمَعَ بصَرُهُ وعينُهُ قائمةٌ.

وفي كلِّ شجَّةٍ تَتحقَّقُ فيها المُماثَلَةُ القِصاصُ. ولا قِصاصَ في عَظْمٍ إلَّا في السِّنِّ. وليس فيما دونَ النَّفسِ شِبهُ عَمدٍ، إنَّما هو عمدٌ أو خطأٌ. ولا قِصاصَ بينَ الرَّجلِ والمرأةِ فيما دُونَ النَّفسِ، ولا بينَ الحُرِّ والعبدِ، ولا بينَ العَبدينِ. ....

قال: (وفي كلِّ شجَّةٍ تَتحقَّقُ فيها المُماثَلَةُ القِصاصُ)؛ لِما تلونا.

قال: (ولا قِصاصَ في عَظْمٍ إلَّا في السِّنِّ)، وهذا اللَّفظُ مرويٌّ عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما[١]، وقال ﷺ: «لا قِصاصَ في العَظم»[٢]، والمرادُ غيرُ السِّنِّ، ولأنَّ اعتبارَ المُماثَلَةِ في غيرِ السِّنِّ مُتعذِّرٌ؛ لاحتمالِ الزِّيادةِ والنُّقصانِ، بخلاف السِّنِّ؛ لأنَّه يُبرَدُ بالمِبرَدِ، ولو قُلِع من أصلِهِ يُقلَعُ الثَّاني، فيتماثلان.

قال: (وليس فيما دونَ النَّفسِ شِبهُ عَمدٍ، إنَّما هو عمدٌ أو خطأٌ)؛ لأنَّ شِبهَ العمدِ يعودُ إلى الآلة، والقتلُ هو الذي يَختلِفُ باختلافها، دونَ ما دونَ النَّفسِ؛ لأنَّه لا يَختلِفُ إتلافُهُ باختلافِ الآلةِ، فلم يَبْقَ إلَّا العمدُ والخطأُ.

(ولا قِصاصَ بينَ الرَّجلِ والمرأةِ فيما دُونَ النَّفسِ، ولا بينَ الحُرِّ والعبدِ، ولا بينَ العَبدينِ)؛ خلافاً للشَّافعيِّ[٣] في جميعِ ذلك، إلَّا في الحُرِّ يَقطَعُ طرَفَ العبدِ[٤]. ويَعتبِرُ الأطرافَ بالأنفُسِ لكونها تابعةً لها.

ولنا: أنَّ الأطرافَ يُسلَكُ بها مَسلَكَ الأموالِ، فينعدِمُ التَّماثلُ بالتَّفاوتِ في القيمةِ، ....

---

(١) في البناية: هذا اللفظُ غريبٌ. وقال الأترازي: قال القدوري في شرحه: المرويُّ عن ابن مسعود أنَّه قال: «لا قصاص في عظمٍ إلَّا في السِّنِّ»، وعن عمر أنَّه قال: «لا قصاص في عظم».
قلت: روى ابنُ أبي شيبة في قصَّةٍ عن الشَّعبيِّ والحسن قال: «ليس في العظامِ قصاصٌ، ما خلا السِّنَّ والرأس». اهـ

(٢) في البناية: هذا غريب ولم يثبت، وروى ابن أبي شيبة في مصنَّفه عن ابن عباس قال: «ليس في العظام قصاص»، وأخرج نحوه عن الشَّعبيِّ والحسن. اهـ، وانظر التعليقَ السابق.

(٣) انظر روضةَ الطَّالبين للنووي (٩/ ١٧٨) ط المكتب الإسلامي.

(٤) يعني: لا يجبُ القِصاصُ فيه عنده.

وَيَجِبُ القِصاصُ في الأطرافِ بينَ المُسلِمِ والكافرِ. ومَنْ قَطَعَ يدَ رَجلٍ من نِصفِ السَّاعِدِ، أو جَرَحَهُ جائِفَةً، فَبَرأ منها، فلا قِصاصَ عليه، وإذا كانت يدُ المَقطوعِ صحيحةً، ويدُ القاطعِ شلَّاءَ أو ناقِصةَ الأصابعِ، فالمقطوعُ بالخيار: إن شاءَ قَطَعَ اليدَ المَعيبةَ ولا شيءَ له غيرُها، وإن شاءَ أخَذَ الأرْشَ كاملاً، ....

وهو معلومٌ قطعاً بِتقويمِ الشَّرعِ[1]، فأمكن اعتبارُهُ.

بخلافِ التَّفاوتِ في البَطشِ؛ لأنَّه لا ضابطَ له فاعتُبِرَ أصلُهُ. وبخلاف الأنفُسِ؛ لأنَّ المُتلَفَ[2] إزهاقُ الرُّوحِ، ولا تَفاوُتَ فيه.

(وَيَجِبُ القِصاصُ في الأطرافِ بينَ المُسلِمِ والكافرِ)؛ للتَّساوي بينهما في الأرش.

قال: (ومَنْ قَطَعَ يدَ رَجلٍ من نِصفِ السَّاعِدِ، أو جَرَحَهُ جائِفَةً، فَبَرأ منها، فلا قِصاصَ عليه)؛ لأنَّه لا يُمكِنُ اعتبارُ المُماثلَةِ فيه، إذِ الأوَّلُ كسرُ العظمِ، ولا ضابطَ فيه، وكذا البُرءُ نادرٌ، فَيُفضي الثَّاني إلى الهلاكِ ظاهراً.

قال: (وإذا كانت يدُ المَقطوعِ صحيحةً، ويدُ القاطعِ شلَّاءَ أو ناقِصةَ الأصابعِ، فالمقطوعُ بالخيار: إن شاءَ قَطَعَ اليدَ المَعيبةَ ولا شيءَ له غيرُها، وإن شاءَ أخَذَ الأرْشَ كاملاً)؛ لأنَّ استيفاءَ الحقِّ كاملاً مُتعذِّرٌ، فله أن يَتجوَّزَ بدونِ حقِّه، وله أن يَعدِلَ إلى العِوَضِ، كالمِثليِّ إذا انصَرَمَ عن أيدي النَّاسِ بعدَ الإتلافِ، ثمَّ إذا استوفاها ناقصاً فقد رضي به، فيسقُطُ حقُّهُ كما إذا رضي بالرَّديءِ مكانَ الجيِّد.

---

(١) فإنَّ الشَّرعَ قوَّمَ اليدَ الواحدةَ للحُرِّ بخمسمائة دينارٍ قطعاً ويقيناً، ولا تَبلُغُ قيمةُ يدِ العبدِ إلى ذلك، فإنْ بلَغَتْ كان بالحَزْرِ والظَّنِّ، فلا تكون مساويةً ليدِ الحرِّ يقيناً، فإذا كان التفاوتُ معلوماً قطعاً، أمكَنَ اعتبارُهُ. عناية.

(٢) في البناية: وفي نسخة شيخي العلاء رَحِمَهُ اللهُ «لأنَّ المتعلِّق».

ولو سَقَطَتِ المَؤُفَةُ قبلَ اختيارِ المَجنيِّ عليه، أو قُطِعَتْ ظُلماً، فلا شيءَ له. ومَنْ شَجَّ رجلاً، فاستَوْعَبَتِ الشَّجَّةُ ما بينَ قَرْنَيهِ، وهي لا تَستوعِبُ ما بينَ قَرْنَي الشَّاجِّ، فَالمَشجُوجُ بالخيارِ: إن شاءَ اقتصَّ بِمِقدارِ شَجَّتِهِ، يَبتدِئُ من أي: الجانِبَينِ شاءَ، وإنْ شاءَ أخَذَ الأرْشَ. ولا قِصاصَ في اللِّسانِ، ولا في الذَّكَرِ ....

(ولو سَقَطَتِ المَؤُفَةُ قبلَ اختيارِ المَجنيِّ عليه، أو قُطِعَتْ ظُلماً، فلا شيءَ له) عندنا؛ لأنَّ حقَّه مُتعيِّنٌ في القِصاص، وإنَّما يَنتقِلُ إلى المال باختيارِهِ[١]، فَيَسقُطُ بِفَواتِهِ، بخلاف ما إذا قُطِعَتْ بحقٍّ عليه من قِصاصٍ أو سرقةٍ، حيثُ يجبُ عليه الأرشُ؛ لأنَّه أوفى به حقّاً مُستَحَقّاً، فصارت سالمةً له معنى.

قال: (ومَنْ شَجَّ رجلاً، فاستَوْعَبَتِ الشَّجَّةُ ما بينَ قَرْنَيهِ، وهي لا تَستوعِبُ ما بينَ قَرْنَي الشَّاجِّ، فَالمَشجُوجُ بالخيارِ: إن شاءَ اقتصَّ بِمِقدارِ شَجَّتِهِ، يَبتدِئُ من أي: الجانِبَينِ شاءَ، وإنْ شاءَ أخَذَ الأرْشَ)؛ لأنَّ الشَّجَّةَ مُوجِبةٌ لكونها مُشينَةً فقط، فيزدادُ الشَّينُ بِزيادَتِها، وفي استيفائه ما بين قَرنَي الشَّاجِّ زيادةٌ على ما فَعَلَ، ولا يَلحقُهُ من الشَّينِ باستيفائِهِ قَدْرَ حقِّهِ ما يَلحَقُ المَشجوجَ، فَيَنتقِصُ[٢]، فَيُخيَّرُ كما في الشَّلَّاءِ والصَّحيحةِ، وفي عكسِهِ يُخيَّرُ أيضاً؛ لأنَّه يَتعذَّرُ الاستيفاءُ كَمَلاً لِلتَّعدِّي إلى غير حقِّهِ.

وكذا[٣] إذا كانتِ الشَّجَّةُ في طُولِ الرَّأسِ، وهي تأخُذُ من جبهتِهِ إلى قَفاهُ، ولا تبلُغُ إلى قفا الشَّاجِّ، فهو بالخيارِ؛ لأنَّ المعنى[٤] لا يَختلِفُ.

قال: (ولا قِصاصَ في اللِّسانِ، ولا في الذَّكَرِ)، وعن أبي يوسف: أنَّه إذا قُطِعَ من أصلِهِ يَجِبُ؛ لأنَّه يُمكِنُ اعتبارُ المساواة.

---

(١) أي: لأجل العيب.

(٢) أي: ينتقِصُ حقُّ المشجوجِ إذا لم تَستوعِبِ الشَّجَّةُ ما بين قرني الشَّاجِّ إذا كان رأسُهُ صغيراً.

(٣) أي: يكون بالخيار.

(٤) أي: المعنى الموجِب للتَّخيير بين أرشِ الشَّجَّةِ وبين القصاصِ.

إِلَّا أنْ تُقطَعَ الحَشَفَةُ.

ولنا: أنَّه يَنقبِضُ ويَنبسِطُ، فلا يُمكِنُ اعتبارُ المساواةِ، (إِلَّا أنْ تُقطَعَ الحَشَفَةُ)؛ لأنَّ مَوضِعَ القَطعِ مَعلومٌ كالمِفصَلِ.

ولو قَطَعَ بعضَ الحَشَفَةِ، أو بعضَ الذَّكرِ، فلا قِصاصَ فيه؛ لأنَّ البعضَ لا يُعلَمُ مِقدارُهُ.

بخلافِ الأُذُنِ إذا قُطِعَ كُلُّهُ أو بعضُهُ؛ لأنَّه لا يَنقبِضُ ولا يَنبسِطُ، وله حَدٌّ يُعرَفُ، فَيُمكِنُ اعتبارُ المساواةِ.

والشَّفةُ إذا استَقْصاها بالقَطعِ، يَجِبُ القِصاصُ؛ لإمكانِ اعتبارِ المُساواةِ، بخلافِ ما إذا قَطَعَ بَعْضَها؛ لأنَّه يَتعذَّرُ اعتبارُها.

فصل

وإذا اصطَلَحَ القاتِلُ وأولياءُ القَتيلِ على مالٍ، سقَطَ القِصاصُ ووَجَبَ المالُ، قليلاً كان أو كثيراً، ....

(فصل)

في بيان أحكام الصلح في القصاص

قال: (وإذا اصطَلَحَ القاتِلُ وأولياءُ القَتيلِ على مالٍ، سقَطَ القِصاصُ ووَجَبَ المالُ، قليلاً كان أو كثيراً)؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ﴾ [البَقَرَة: ١٧٨] الآية على ما قيل: نزلت الآيةُ في الصُّلح. وقولِهِ ﷺ: «مَن قُتِلَ له قتيلٌ ...»[١] الحديث، والمرادُ - والله أعلم - الأخذُ بالرِّضا على ما بيَّنَّاه، وهو الصُّلحُ بِعَينِهِ، ولأنَّه حقٌّ ثابتٌ للورثةِ يَجري فيه الإسقاطُ عفواً، فكذا تَعويضاً؛ لاشتمالِهِ على إحسانِ الأولياءِ وإحياءِ القاتلِ، فيجوزُ بالتَّراضي.

والقليلُ والكثيرُ فيه[٢] سواءٌ؛ لأنَّه ليس فيه نَصٌّ مُقدَّرٌ، فَيُفوَّضُ إلى اصطلاحِهما كالخُلعِ وغيرِهِ.

وإن لم يَذكُروا حالاً ولا مُؤجَّلاً، فهو حالٌّ؛ لأنَّه مالٌ واجبٌ بالعقدِ، والأصلُ

---

(١) الحديث أخرجه الأئمةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في اللقطة، باب: كيف تعرف لقطة أهل مكة (٢٣٠٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: لمَّا فتَحَ اللهُ على رسولِه ﷺ مكَّةَ قامَ في النَّاس، فحَمِدَ اللهَ وأثنى عليه، ثمَّ قال: «إنَّ اللهَ حَبَسَ عن مكَّةَ الفيلَ، وسَلَّطَ عليها رسولَهُ والمؤمنين، فإنَّها لا تَحِلُّ لأحدٍ كان قبلي، وإنَّها أُحِلَّت لي ساعةً من نهارٍ، وإنَّها لا تَحِلُّ لأحدٍ بعدي، فلا يُنَفَّرُ صيدُها، ولا يُختَلَى شَوكُها، ولا تَحِلُّ ساقِطَتُها إلَّا لِمُنشِدٍ، ومَنْ قُتِلَ له قتيلٌ فهو بخيرِ النَّظرَينِ: إمَّا أن يُفدَى، وإمَّا أنْ يُقِيد»، فقال العباس: إلَّا الإذخِرَ؛ فإنَّا نجعَلُهُ لِقُبورِنا وبُيوتِنا، فقال رسول الله ﷺ: «إلَّا الإذخِرَ»، فقام أبو شاه، رجلٌ من أهل اليمن فقال: اكتُبُوا لي يا رسول الله، فقال رسولُ الله ﷺ: «اكتُبُوا لأبي شاه».

قلت للأوزاعي: ما قولُهُ: «اكتبوا لي يا رسول الله»؟ قال: هذه الخُطبة التي سَمِعَها من رسولِ الله ﷺ.

(٢) أي: في أخذِ العوض.

وإنْ كان القاتلُ حُرَّاً أوعبداً، فأمَرَ الحُرُّ ومَولَى العبدِ رَجلاً بأنْ يُصالِحَ عن دَمِهِما على ألفِ دِرهَم، ففَعَلَ، فالألفُ على الحُرِّ ومَولَى العبدِ نِصفانِ. وإذا عَفا أحَدُ الشُّركاءِ عنِ الدَّمِ، أو صالَحَ من نَصيبِهِ على عِوَضٍ، سَقَطَ حقُّ الباقينَ عن القِصاصِ، وكان لهم نَصيبُهُم من الدِّيةِ.

في أمثالِهِ الحُلولُ، نحو المَهرِ والثَّمَنِ، بخلافِ الدِّيةِ؛ لأنَّها ما وجبت بالعقد.

قال: (وإنْ كان القاتلُ حُرَّاً أوعبداً[1]، فأمَرَ الحُرُّ ومَولَى العبدِ رَجلاً بأنْ يُصالِحَ عن دَمِهِما على ألفِ دِرهَمٍ، ففَعَلَ، فالألفُ على الحُرِّ ومَوْلَى العبدِ نِصفانِ)؛ لأنَّ عقدَ الصُّلحِ أُضِيفَ إليهما.

(وإذا عَفا أحَدُ الشُّركاءِ عنِ الدَّمِ، أو صالَحَ من نَصيبِهِ على عِوَضٍ، سَقَطَ حقُّ الباقينَ عن القِصاصِ، وكان لهم نَصيبُهُم من الدِّيةِ). وأصلُ هذا: أنَّ القِصاصَ حقُّ جميعِ الوَرثةِ، وكذا الدِّيةُ، خلافاً لمالكٍ والشَّافعيِّ في الزَّوجين.

لهما: أنَّ الوراثةَ خلافةٌ، وهي بالنَّسبِ دونَ السَّببِ؛ لانقطاعِهِ بالموت.

ولنا: أنَّه ﷺ أمَرَ بتَوريثِ امرأةِ أشيم الضَّبابي من عَقلِ زَوجِها أَشْيَم[2]، ولأنَّه حقٌّ يَجري فيه الإرثُ، حتَّى إنَّ مَن قُتِلَ وله ابنانِ، فمات أحدُهُما عن ابنٍ، كان القِصاصُ بينَ الصُّلبيِّ وابنِ الابنِ، فيثبُتُ لسائرِ الوَرثةِ، والزَّوجيَّةُ تبقى بعدَ الموتِ حكماً في حقِّ الإرثِ، أو يَثبُتُ بعد الموتِ مستنداً إلى سببِهِ، وهو الجَرحُ، وإذا ثَبَتَ لِلجميعِ، فكلٌّ منهم يَتمكَّنُ من الاستيفاءِ والإسقاطِ،

---

(١) يعني: اشترك حرٌّ وعبدٌ في القتل.

(٢) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب: في المرأة تَرِثُ من دية زوجها (٢٩٢٧)، والترمذي في الديات، باب: ما جاء في المرأة هل ترث من دية زوجها (١٤١٥) عن سعيد بن المسيب أنَّ عمر كان يقول: الدِّيةُ على العاقلةِ، ولا تَرِثُ المرأةُ من دِيَةِ زَوجِها شيئاً، حتَّى أخبره الضَّحَّاك بنُ سفيانَ الكلابي أنَّ رسول الله ﷺ كتب إليه: أنْ وَرِّثِ امرأةَ أَشْيَمَ الضِّبابي من دِيَةِ زَوجِها.
قال أبو عيسى: هذا حديث حسن صحيح، والعملُ على هذا عند أهل العلم.

وإذا قَتَلَ جماعةٌ واحداً عمداً، اقتُصَّ مِنْ جَميعِهِم. ....

عفواً وصُلحاً، ومن ضرورةِ سُقوطِ حقِّ البعضِ في القِصاصِ سُقوطُ حقِّ الباقين فيه، لأنَّه لا يَتجزَّأ.

بخلاف ما إذا قَتَلَ رجلين، وعفا أحدُ الوَلِيَّين؛ لأنَّ الواجبَ هناك قِصاصان من غير شُبهةٍ؛ لاختلاف القَتلِ والمَقتولِ، وهاهنا واحدٌ لاتِّحادهما.

وإذا سَقَطَ القِصاصُ يَنقلِبُ نصيب الباقينَ مالاً؛ لأنَّه امتَنَع لِمَعنى راجعٍ إلى القاتلِ، وليس للعافي شيءٌ من المال؛ لأنَّه أسقَطَ حقَّهُ بفعلِهِ ورضاه.

ثمَّ يَجِبُ ما يَجِبُ من المالِ في ثلاث سنين، وقال زفر: يجب في سنتين فيما إذا كان بينَ الشَّريكينِ وعفا أحدُهُما؛ لأنَّ الواجب نصفُ الدِّيةِ، فَيُعتَبَرُ بما إذا قُطِعَتْ يدُهُ خطأً.

ولنا: أنَّ هذا[1] بعضُ بدَلِ الدَّمِ، وكلُّهُ مُؤجَّلٌ إلى ثلاثِ سنينَ، فكذلك بعضُهُ، والواجبُ في اليدِ كلُّ بدَلِ الطَّرفِ، وهو في سنتين في الشَّرعِ، ويجب في مالِهِ لأنَّه عمدٌ.

قال: (وإذا قَتَلَ جماعةٌ واحداً عمداً، اقتُصَّ مِنْ جَميعِهِم)؛ لقولِ عمرَ رضي الله عنه فيه: «لو تَمالأَ عليه أهلُ صنعاءَ لَقَتلتُهُم»[2]، ولأنَّ القتلَ بطريقِ التَّغالُب غالِبٌ، والقصاصُ مَزجَرَةٌ للسُّفهاءِ، فيجبُ تحقيقاً لِحِكمةِ الإحياءِ.

---

(١) أي: بعضُ ما يجبُ من المال.

(٢) رواه مالك في الموطأ قال: أخبرنا يحيى بنُ سعيد بن المسيِّب أنَّ عمر بن الخطاب قتل نفراً: خمسةً، أو سبعةً برجلٍ قتلوه غِيلَةً، وقال: لو تمالأ عليه أهلُ صنعاء لقتَلَهم به.

وعن مالك رواه محمد بن الحسن في موطأه، والشَّافعيُّ في مسنده، وذكره البخاري في صحيحه في كتاب الديات، باب: إذا أصاب قومٌ من رجلٍ هل يُعاقَب أو يُقتَصُّ منهم كلِّهم - ولم يَصِل به سنده - ولفظه: وقال ابن بشار: حدَّثنا يحيى عن عبيد الله عن ابن عمر أنَّ غلاماً قُتِلَ غِيلةً، فقال عمر: لو اشتَرَكَ فيه أهلُ صنعاءَ لقتَلَهُم به. وقال مُغيرةُ بن حكيم عن أبيه: أنَّ أربعةً قتلوا صبياً، فقال عمرُ مِثلَه.

وإذا قَتَلَ واحدٌ جماعةً، فَحَضَر أولياءُ المَقتُولِينَ، قُتِلَ لِجَماعَتِهِم ولا شيءَ لهم غيرُ ذلك، فإنْ حَضَرَ واحدٌ منهم قُتِلَ له وسَقَطَ حقُّ الباقين. ومَنْ وَجَبَ عليه القِصاصُ إذا ماتَ سَقَطَ القِصاصُ. ....

(وإذا قَتَلَ واحدٌ جماعةً، فَحَضَر أولياءُ المَقتُولِينَ، قُتِلَ لِجَماعَتِهِم ولا شيءَ لهم غيرُ ذلك، فإنْ حَضَرَ واحدٌ منهم قُتِلَ له وسَقَطَ حقُّ الباقين).

وقال الشَّافعيُّ[١]: يُقتَلُ بالأوَّلِ منهم، ويجبُ للباقين المالُ، وإنِ اجتَمَعوا ولم يُعرَفِ الأوَّلُ، قُتِلَ لهم وقُسِمَتِ الدِّياتُ بينهم، وقيل: يُقرَعُ بينهم، فَيُقتلُ لِمَن خَرَجَت قرعتُهُ.

له: أنَّ الموجودَ من الواحدِ قَتَلاتٌ، والذي تَحقَّقَ في حقِّه قَتلٌ واحدٌ، فلا تَماثُل، وهو القياسُ في الفَصلِ الأوَّل[٢]، إلَّا أنَّه[٣] عُرِفَ بالشَّرع.

ولنا: أنَّ كلَّ واحدٍ منهم[٤] قاتلٌ[٥] بوصفِ الكمالِ، فجاء التَّماثُلُ[٦]، أصلُهُ الفَصلُ الأوَّلُ، إذ لو لم يكن كذلك لَما وَجَبَ القصاصُ، ولأنَّه وُجِدَ من كلِّ واحدٍ منهم جَرحٌ صالحٌ للإزهاقِ، فَيُضافُ إلى كلٍّ منهم إذ هو لا يَتجزَّأ، ولأنَّ القصاصَ شُرِعَ مع المُنافي لتحقيقِ الإحياءِ، وقد حَصَلَ بِقَتلِهِ فاكتفى به.

قال: (ومَنْ وَجَبَ عليه القِصاصُ إذا ماتَ سَقَطَ القِصاصُ)؛ لفواتِ مَحَلِّ الاستيفاءِ، فأشبَهَ موتَ العبدِ الجاني، ويتأتَّى فيه خلافُ الشَّافعيِّ؛ إذِ الواجبُ أحدُهُما عنده.

---

(١) انظر فتح الوهاب (٢/ ٢٢٥) ط دار الكتب العلمية، والحاوي في الفقه الشافعي (١٢/ ١١٨) ط١ دار الكتب العلمية

(٢) وهو أن لا تقتل الجماعةُ بالواحدِ، إلَّا أنَّهم قُتلوا به. بناية.

(٣) أي: قتلُ الجماعة بالواحد.

(٤) أي: من الأولياء.

(٥) أي: قاتلٌ القاتلَ قصاصاً.

(٦) أي: حصل التَّماثلُ في قتل الواحدِ بالجماعة، فصحَّ القياسُ.

وإذا قَطَعَ رَجلانِ يَدَ رجلٍ واحدٍ، فلا قِصاصَ على واحدٍ منهما، وعليهما نِصفُ الدِّيةِ. وإنْ قَطَعَ واحدٌ يَمِينَي رَجُلَينِ، فَحَضَرا، فلهما أن يَقطَعا يدَهُ ويأخُذا منه نِصفَ الدِّيةِ يَقسمانِهِ نِصفَينِ، سواءٌ قَطَعَهُما معاً أو على التَّعاقُبِ.

قال: (وإذا قَطَعَ رَجلانِ يَدَ رجلٍ واحدٍ، فلا قِصاصَ على واحدٍ منهما، وعليهما نِصفُ الدِّيةِ)، وقال الشَّافعيُّ: تُقطَعُ يداهما.

والمفروضُ[1] إذا أخذا سكِّيناً وأمرَّاهُ على يدِهِ حتَّى انقطَعَتْ.

له: الاعتبارُ بالأنفُسِ، والأيدي تابعةٌ لها فأخَذَتْ حُكمَها، أو يُجمَعُ بينهما[2] بجامعِ الزَّجرِ.

ولنا: أنَّ كلَّ واحدٍ منهما قاطعٌ بعضَ اليدِ؛ لأنَّ الانقطاعَ حصَلَ باعتمادٍ بهما، والمَحلُّ مُتجزِّئٌ، فَيُضافُ إلى كلِّ واحدٍ منهما البعضُ، فلا مُماثَلَةَ، بخلافِ النَّفسِ لأنَّ الانزهاق لا يَتجزَّأ، ولأنَّ القتلَ بطريقِ الاجتماعِ غالبٌ حَذارَ الغَوثِ، والاجتماعُ على قَطعِ اليدِ من المِفصَلِ في حيِّزِ النُّدرةِ؛ لافتقارِهِ إلى مُقدِّماتٍ بطيئةٍ، فَيَلحَقُه الغَوثُ.

قال: «وعليهما نِصفُ الدِّية»؛ لأنَّه ديةُ اليدِ الواحدةِ، وهما قطعاها.

(وإنْ قَطَعَ واحدٌ يَمِينَي رَجُلَينِ[3]، فَحَضَرا، فلهما أن يَقطَعا يدَهُ ويأخُذا منه نِصفَ الدِّيةِ يَقسمانِهِ نِصفَينِ، سواءٌ قَطَعَهُما معاً أو على التَّعاقُبِ).

وقال الشَّافعيُّ[4]: في التَّعاقبِ يُقطَعُ بالأوَّل، وفي القِرانِ يُقرَعُ؛ لأنَّ اليدَ

---

(١) أي: وموضعُ فرضِ المسألةِ الخلافيَّة بيننا وبين الشافعيِّ.

(٢) أي: بين الطَّرف والنَّفسِ بجامعِ الزَّجرِ سداً لبابِ العدوانِ.

(٣) قيَّد بذلك، لأنَّه لو قَطَعَ يمينَ أحدِهما ويسارَ الآخرِ قُطِعَت يداه. عناية.

(٤) قال النووي في المجموع (١٨/ ٤٣٤) طبعة «١» دار الفكر بيروت: إنْ قتَلَ واحدٌ جماعةً، أو قَطَع عضواً من جماعةٍ، لم تتداخل حقوقُهُم؛ لأنَّها حقوقٌ مقصودةٌ لآدميين، فلم تتداخل كالدُّيون، فإن قتَلَ أو قَطَعَ واحداً بعدَ واحدٍ اقتُصَّ منه للأوَّل، لأنَّ له مَزيَّةً بالسَّبقِ، وإن سَقط حقُّ الأوَّلِ بالعفوِ اقتُصَّ للثاني، وإن سَقَطَ حقُّ الثَّاني اقتُصَّ للثَّالث، وعلى هذا. =

وإذا أقرَّ العبدُ بِقَتلِ العَمدِ لَزِمَهُ القَوَدُ. ....

استَحَقَّها الأَوَّلُ، فلا يَثبُتُ الاستحقاقُ فيها للثَّاني، كالرَّهنِ بعد الرَّهنِ، وفي القِرانِ اليدُ الواحدةُ لا تَفِي بالحَقَّينِ، فَتُرجَّحُ بالقُرعةِ.

ولنا: أنَّهما استَوَيا في سببِ الاستحقاقِ فَيستويانِ في حُكمِهِ، كالغَرِيمَينِ في التَّركةِ. والقِصاصُ مِلكُ الفِعلِ[1] يَثبُتَ مع المُنافي، فلا يَظهَرُ إلَّا في حقِّ الاستيفاءِ، أمَّا المَحلُّ فَخِلوٌ عنه، فلا يَمنَعُ ثُبوتَ الثَّاني، بخلافِ الرَّهنِ لأنَّ الحَقَّ ثابتٌ في المَحلِّ.

فصار كما إذا قَطَعَ العبدُ يَمِينَيهما على التَّعاقُبِ، فَتُستَحَقُّ رَقَبَتُهُ لهما، وإنْ حضرَ واحدٌ منهما فَقَطَعَ يدَهُ، فللآخَرِ عليه نِصفُ الدِّيةِ؛ لأنَّ للحاضِرِ أن يَستوفِيَ لِثُبوتِ حقِّهِ وتَردُّدِ حقِّ الغائبِ[2]، وإذا استوفى لم يَبقَ مَحَلُّ الاستيفاءِ، فَيَتعيَّنُ حقُّ الآخَرِ في الدِّيةِ؛ لأنَّه أوفى به حقًّا مُستَحَقًّا.

قال: (وإذا أقرَّ العبدُ بِقَتلِ العَمدِ لَزِمَهُ القَوَدُ)، وقال زفر: لا يَصحُّ إقرارُهُ؛ لأنَّه يُلاقي حقَّ المولى بالإبطالِ، فصارَ كما إذا أقرَّ بالمال.

ولنا: أنَّه غيرُ مُتَّهَم فيه؛ لأنَّه مُضِرٌّ به فَيُقبَلُ، ولأنَّ العبدَ يَبقَى على أصلِ الحرِّيَّةِ في حقِّ الدَّمِ عمَلاً بالآدميَّةِ، حتَّى لا يَصحُّ إقرارُ المولى عليه بالحَدِّ والقِصاص،

= وإذا اقتُصَّ منه لواحدٍ بعينِهِ تعيَّنَ حقُّ الباقين في الدِّيةِ؛ لأنَّه فاتَهُم القَوَدُ بغير رضاهم، فانتَقَلَ حقُّهم إلى الدِّيةِ، كما لو مات القاتلُ أو زال طرَفُه. وإن قتَلَهُم أو قطعَهم دفعةً واحدةً، أو أشكَلَ الحال أقرَعَ بينهم، فمَنْ خَرَجت له القرعةُ اقتُصَّ له لأنَّه لا مزيَّةَ لبعضهم على بعض، فقُدِّم بالقُرعةِ، كما قلنا فيمن أراد السَّفر ببعض نسائه، فإن خرجتِ القرعةُ لواحدٍ فَعَفا عن حقِّه أُعيدت القرعةُ للباقين لِتَساويهم، وإن ثبَتَ القِصاصُ لواحدٍ منهم بالسَّبقِ أو بالقُرعةِ، فبَدَرَ غيرُهُ واقتَصَّ، صار مستوفياً لحقِّه.

(١) هذا جوابٌ عن قوله: «لأنَّ اليدَ استَحَقَّها الأوَّل».

(٢) يعني: أنَّ حقَّ الحاضِرِ ثابتٌ في اليدِ، ومُزاحَمَةُ الآخَرِ له في الاستيفاءِ مَوهومةٌ، عسى أن يَعفُوَ أو لا يَحضُرَ، فلا يُؤخَّرُ المَعلومُ لِلمَوهومِ، كأحَدِ الشَّفيعينِ إذا ادَّعَى الشُّفعةَ والآخَرُ غائبٌ، يُقضَى بالجَميعِ له كذلك.

وَمَنْ رَمَى رَجلاً عمداً، فنَفَذَ السَّهمُ منه إلى آخَرَ، فَماتا، فعَلَيهِ القِصاصُ لِلأوَّلِ والدِّيةُ للثَّاني على عاقِلَتِهِ.

فصل

ومَنْ قَطَعَ يَدَ رجلٍ خَطأ، ثمَّ قَتَلَهُ عمداً قبلَ أنْ تَبرأ يدُهُ، أو قَطَعَ يدَهُ عمداً، ثمَّ قتَلَهُ خَطأ، أو قَطَعَ يدَهُ خطأ فَبرِئَتْ يدُهُ ثمَّ قتَلَهُ خطأ، أو قَطَعَ يدَهُ عمداً فَبرِأت ثم قتَلَهُ عمداً، فإنَّه يُؤخَذُ بالأمرينِ جميعاً.

وبُطلانُ حقِّ المولى بِطَريقِ الضِّمنِ، فلا يُبالَى به.

(ومَنْ رَمَى رَجلاً عمداً، فنَفَذَ السَّهمُ منه إلى آخَرَ، فَماتا، فعَلَيهِ القِصاصُ لِلأوَّلِ والدِّيةُ للثَّاني على عاقِلَتِهِ)؛ لأنَّ الأوَّلَ عمدٌ، والثَّاني أحَدُ نوعي الخَطأ، كأنَّه رمى إلى صيدٍ فأصابَ آدميّاً، والفعلُ يتعدَّدُ بتعدُّدِ الأثَرِ.

(فصل)

قال: (ومَنْ قَطَعَ يَدَ رجلٍ خَطأ، ثمَّ قَتَلَهُ عمداً قبلَ أنْ تَبرأ يدُهُ. أو قَطَعَ يدَهُ عمداً، ثمَّ قتَلَهُ خَطأ. أو قَطَعَ يدَهُ خطأ فَبرِئَتْ يدُهُ ثمَّ قتَلَهُ خطأ، أو قَطَعَ يدَهُ عمداً فَبرِأت ثمَّ قتَلَهُ عمداً، فإنَّه يُؤخَذُ بالأمرينِ جميعاً).

والأصلُ فيه: أنَّ الجمعَ بينَ الجراحاتِ واجبٌ ما أمكَنَ[1] تَتمِيماً لِلأوَّلِ؛ لأنَّ القَتْلَ في الأعمِّ[2] يقَعُ بِضَرَباتٍ مُتعاقبةٍ، وفي اعتبارِ كلِّ ضَربةٍ بِنَفسِها بعضُ الحَرَجِ، إلَّا أنْ لا يُمكِن الجمعُ فَيُعطَى كلُّ واحدٍ حُكمَ نفسِهِ.

وقد تعذَّرَ الجَمعُ في هذه الفُصولِ، في الأوَّلَينِ لاختلافِ حُكمِ الفِعلَين، وفي الآخرين لِتَخلُّلِ البُرءِ، وهو قاطعٌ للسِّرايةِ، حتَّى لو لم يتخلَّلْ وقد تَجانَسا، بأن كانا خَطأينِ، يُجمَعُ بالإجماعِ؛ لإمكانِ الجَمعِ، واكتفى بديةٍ واحدةٍ.

---

(١) يعني: الاكتفاءُ بِمُوجَبِ أحَدِهما واجبٌ ما أمكن؛ لأنَّ الأصل في العقوباتِ التَّداخل، فيقعُ الآخرُ متمِّماً للأوَّل.

(٢) أي: في الغالب.

وإنْ كان قَطَعَ يدَهُ عمداً، ثمَّ قَتَلَهُ عمداً قبلَ أنْ تبرأَ يدُهُ: فإن شاءَ الإمامُ قال: «اقطَعُوهُ ثمَّ اقتُلُوه»، وإن شاء قال: «اقتلوه». ومَنْ ضَرَبَ رجلاً مائةَ سَوطٍ، فَبَرِأَ من تِسعينَ ومات من عشرةٍ، ففيه دِيَةٌ واحدةٌ.

(وإنْ كان قَطَعَ يدَهُ عمداً، ثمَّ قَتَلَهُ عمداً قبلَ أنْ تَبرَأَ يدُهُ: فإن شاءَ الإمامُ قال: «اقطَعُوهُ ثمَّ اقتُلُوه»، وإن شاء قال: «اقتلوه») وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يُقتَل ولا تُقطَعُ يدُهُ؛ لأنَّ الجمعَ مُمكِنٌ لِتَجانُسِ الفِعلَين وعَدَمِ تَخلُّلِ البُرءِ، فَيُجمَعُ بينهما.

وله: أنَّ الجمعَ مُتعذِّرٌ، إمَّا للاختلاف بين هذين الفِعلَين؛ لأنَّ المُوجَبَ القَودُ، وهو يَعتمِدُ المُساواةَ في الفعل، وذلك بأن يكونَ القتلُ بالقتلِ، والقَطعُ بالقَطعِ، وهو مُتعذِّرٌ[١]، أو لأنَّ الحَزَّ يَقطَعُ إضافَةَ السِّرايةِ إلى القَطعِ، حتَّى لو صَدَرَ من شخصين يجبُ القَوَدُ على الحازِّ، فصار كتخلُّلِ البُرءِ[٢].

بخلافِ ما إذا قَطَعَ وسَرَى؛ لأنَّ الفِعلَ واحدٌ.

وبخلافِ ما إذا كانا خَطأينِ؛ لأنَّ المُوجَبَ الدِّيةُ، وهي بدَلُ النَّفسِ من غيرِ اعتبارِ المُساواةِ. ولأنَّ أرشَ اليدِ[٣] إنَّما يجبُ عند استحكامِ أثرِ الفعلِ، وذلك بالحَزِّ القاطِعِ للسِّرايةِ، فيجتمعُ ضمانُ الكلِّ وضمانُ الجُزءِ في حالةٍ واحدةٍ، ولا يَجتمعان[٤]، أمَّا القطعُ والقتلُ قِصاصاً يَجتمعان.

قال: (ومَنْ ضَرَبَ رجلاً مائةَ سَوطٍ، فَبَرِأَ من تِسعينَ ومات من عشرةٍ، ففيه دِيَةٌ واحدةٌ)؛ لأنَّه لمَّا بَرِأَ منها لا تبقى مُعتَبَرَةً في حقِّ الأرشِ وإن بَقِيتْ مُعتَبَرَةً في حقِّ التَّعزيرِ، فبقي الاعتبارُ للعَشَرةِ.

---

(١) أي: والجمعُ متعذِّرٌ؛ لِخلوِّ القَطعِ إذ ذاك عن الجزاء.

(٢) أي: وإذا انقَطَعَ إضافةُ السِّرايةِ إلى القطع، صار كتخلُّلِ البُرءِ، ولا جَمْعَ فيه بالاتِّفاق.

(٣) دليلٌ آخرُ على جوازِ الجَمعِ إذا كانا خطأين.

(٤) أي: والحالُ أنَّهما لا يجتمعان.

وإنْ ضَرَبَ رجلاً مائةَ سَوطٍ وجَرَحَتْهُ وبَقِيَ له أثَرٌ، تَجِبُ حُكومةُ العَدْلِ. ومَنْ قَطَعَ يدَ رَجلٍ فَعَفا المَقطُوعَةُ يَدُهُ عن القَطعِ، ثمَّ ماتَ من ذلكَ، فَعَلَى القاطعِ الدِّيةُ في مالِهِ، وإنْ عفا عن القَطعِ وما يَحدُثُ منه، ثمَّ ماتَ من ذلك، فهو عَفْوٌ عن النَّفسِ، ثمَّ إنْ كان خطأً فهو من الثُّلُثِ، وإنْ كان عمداً فهو من جَميعِ المالِ.

وكذلك كلُّ جراحةٍ اندمَلَتْ ولم يبقَ لها أثَرٌ[1] على أصلِ أبي حنيفة. وعن أبي يوسف في مِثلِهِ حُكومةُ عَدلٍ. وعن محمد أنَّه تجبُ أُجرةُ الطَّبيب.

(وإنْ ضَرَبَ رجلاً مائةَ سَوطٍ وجَرَحَتْهُ وبَقِيَ له أثَرٌ، تَجِبُ حُكومةُ العَدْلِ)؛ لبقاءِ الأثرِ، والأرشُ إنَّما يجبُ باعتبارِ الأثرِ في النَّفسِ[2].

قال: **(ومَنْ قَطَعَ يدَ رَجلٍ فَعَفا المَقطُوعَةُ يَدُهُ عن القَطعِ، ثمَّ ماتَ من ذلكَ، فَعَلَى القاطعِ الدِّيةُ في مالِهِ، وإنْ عفا عن القَطعِ وما يَحدُثُ منه، ثمَّ ماتَ من ذلك، فهو عَفْوٌ عن النَّفسِ، ثمَّ إنْ كان خطأً فهو من الثُّلُثِ، وإنْ كان عمداً فهو من جَميعِ المالِ)** وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: إذا عفا عن القَطعِ فهو عَفْوٌ عن النَّفسِ أيضا، وعلى هذا الخلافِ إذا عفا عن الشَّجَّةِ ثمَّ سَرَى إلى النَّفسِ ومات.

لهما: أنَّ العَفْوَ عن القَطعِ عَفوٌ عن مُوجَبِهِ، وموجَبُهُ القَطعُ لو اقتصَرَ، أو القتلُ إذا سَرَى، فكان العَفْوُ عنه عَفواً عن أحدِ مُوجَبَيهِ أيِّهما كان، ولأنَّ اسمَ القَطعِ يتناولُ السَّاريَ والمُقتَصِرَ، فيكونُ العَفوُ عن القَطعِ عَفواً عن نَوعيهِ، وصار كما إذا عَفا عن الجنايةِ، فإنَّه يتناولُ الجنايةَ السَّاريةَ والمُقتَصِرَة، كذا هذا.

---

(١) يعني: مثل أن كانت شجَّةٌ فالتَحَمَتْ ونبتَ الشَّعرُ، فإنَّها لا تبقى مُعتبَرَةً، لا في حقِّ الأرشِ ولا في حقِّ حكومةِ عَدْلٍ، وإنَّما تبقى في حقِّ التَّعزيرِ على أصلِ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ.

(٢) أي: بأن لم يبرأ، وليس بموجودٍ.
وهذا يُشيرُ إلى أنَّه إن لم يَجرَحْ في الابتداءِ لا يجبُ شيءٌ بالاتِّفاق، وإن جَرَح واندَمَلَ ولم يبقَ لها أثرٌ، فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة رَحِمَهُ اللهُ؛ لأنَّه لم يكنْ إلَّا مجرَّدُ الألمِ، وهو لا يُوجِبُ شيئاً، كما لو ضربه ضرباً مؤلِماً. عناية.

وله: أنَّ سببَ الضَّمانِ قد تحقَّقَ، وهو قَتلُ نَفسٍ مَعصومةٍ مُتقوِّمةٍ، والعَفوُ لم يَتناوَلْهُ بِصَريحِهِ؛ لأنَّه عفا عن القَطعِ، وهو غيرُ القتلِ، وبالسِّرايةِ تبيَّنَ أنَّ الواقعَ قَتلٌ، وحقُّهُ فيه، ونحن نُوجِبُ ضمانَهُ.

وكان ينبغي أنْ يَجِبَ القِصاصُ، وهو القياسُ؛ لأنَّه هو المُوجَبُ للعمدِ، إلَّا أنَّ في الاستحسانِ تجبُ الدِّيةُ؛ لأنَّ صورةَ العَفوِ أورَثَتْ شبهةً، وهي دارئةٌ للقَوَدِ.

ولا نُسلِّمُ أنَّ السَّاريَ نوعٌ من القَطعِ، وأنَّ السِّرايةَ صفةٌ له، بل السَّاري قتلٌ من الابتداءِ[(١)]، وكذا لا مُوجَبَ له من حيثُ كونُهُ قطعاً[(٢)]، فلا يتناولُهُ العفوُ.

بخلافِ العَفوِ عن الجنايةِ؛ لأنَّه اسمُ جنسٍ[(٣)].

وبخلافِ العَفوِ عن الشَّجَّةِ وما يحدُثُ منها؛ لأنَّه صريحٌ في العَفوِ عن السِّرايةِ والقَتلِ.

ولو كان القطعُ خطأً فقد أجراه[(٤)] مَجرى العَمدِ في هذه الوجوهِ[(٥)] وِفاقاً[(٦)] وخلافاً[(٧)]، ....

(١) وذلك لأنَّ القتلَ فِعلٌ مُزهِقٌ للرُّوحِ، ولمَّا انزَهَقَ الرُّوحُ به عرفنا أنَّه كان قتلاً. عناية.

(٢) جوابٌ عن قوله: «أو القتل إذا سرى». يريدُ أنَّ القتلَ ليس بِمُوجِبٍ للقَطعِ من حيثُ كونُهُ قطعاً؛ لأنَّه إذا سرى ومات تبيَّنَ أنَّ هذا القطعَ لم يكن له مُوجَبٌ أصلاً، إنَّما الثَّابتُ مُوجَبُ القَتلِ، وهو الدِّيةُ، فكان العفوُ المُضافُ إلى القَطعِ مضافاً إلى غيرِ محلِّهِ، فلا يصحُّ، وإذا لم يصحَّ العفوُ عن القَطعِ لا يكونُ عفواً عن القتل، وهو معنى قوله: «فلا يتناولُهُ العفو». عناية.

(٣) أي: لأنَّ لفظ الجناية اسمُ جنس، فيتناولُ السَّاريَ وغيرَهُ. بناية.

(٤) أي: الإمامُ محمدٌ.

(٥) وهي العفوُ عن القَطعِ مُطلَقاً، والعفوُ عن القَطعِ وما يَحدُثُ منه، والعفوُ عن الشَّجَّةِ والعفوُ عن الجناية. عناية.

(٦) وهو في موضعين: أحدُهُما: أنَّ العفوَ عن القَطعِ وما يَحدُثُ منه عفوٌ عن الدِّيةِ بالاتِّفاق فيما إذا كان القطعُ خطأً. والثاني: العفوُ عن الجنايةِ فإنَّه عفوٌ عن الدِّيةِ أيضاً. عناية.

(٧) وهو أيضاً في موضعين: أحدُهُما: أنَّ العفوَ عن القَطعِ مُطلَقاً عفوٌ عن الدِّيةِ عندهما إذا كان خطأً، وعند أبي حنيفة رحمه الله يكون عفواً عن أرشِ اليدِ لا غير. والثاني: أنَّ العفوَ عن الشَّجَّةِ عفوٌ عن الدِّيةِ إذا سَرَتْ عندهما، وعنده عن أرشِ الشَّجَّةِ لا غير.

وإذا قَطَعَتِ المرأةُ يَدَ رَجلٍ فَتَزَوَّجَها على يَدِهِ، ثمَّ ماتَ، فلها مهرُ مِثلِها، وعلى عاقِلَتِها الدِّيةُ إن كان خطأً، وإنْ كان عمداً ففي مالِها. ....

آذَنَ بذلك إطلاقُهُ[1]، إلَّا أنَّه إن كان خطأً فهو من الثُّلُثِ، وإن كان عمداً فهو من جميعِ المالِ؛ لأنَّ مُوجَبَ العمدِ القَوَدُ، ولم يتعلَّقْ به حقُّ الورثةِ؛ لِما أنَّه ليس بمالٍ، فصار كما إذا أوصى بإعارةِ أرضِهِ. أمَّا الخطأ فَمُوجَبُهُ المالُ، وحَقُّ الورثةِ يتعلَّق به، فَيُعتَبرُ من الثُّلُث.

قال: (وإذا قَطَعَتِ المرأةُ يَدَ رَجلٍ فتزَوَّجَها على يَدِهِ، ثمَّ ماتَ، فلها مهرُ مِثلِها، وعلى عاقِلَتِها الدِّيةُ إن كان خطأً، وإنْ كان عمداً ففي مالِها)، وهذا عند أبي حنيفة؛ لأنَّ العفوَ عن اليدِ إذا لم يكن عفواً عمَّا يَحدُثُ منه عنده، فالتَّزوُّجُ على اليدِ لا يكونُ تزوُّجاً على ما يَحدُثُ منه.

ثمَّ القطعُ إذا كان عمداً يكونُ هذا تَزوُّجاً على القِصاصِ في الطَّرفِ، وهو ليس بمالٍ، فلا يَصلُحُ مهراً، لا سيَّما على تقديرِ السُّقوطِ[2]، فيجبُ مهرُ المِثلِ، وعليها الدِّيةُ في مالِها؛ لأنَّ التَّزوُّجَ[3] وإنْ كان يَتضمَّنُ العَفْوَ على ما نُبيِّنُ إن شاء الله تعالى، لكن عن القِصاصِ في الطَّرفِ في هذه الصُّورةِ، وإذا سَرَى تبيَّنَ أنَّه قَتلُ النَّفسِ، ولم يَتناوَلْهُ العفوُ، فتجب الدِّيةُ، وتجبُ في مالِها لأنَّه عمدٌ، والقياسُ أن يجبَ القِصاصُ على ما بيَّنَّاه.

وإذا وَجَبَ لها مَهْرُ المِثلِ وعليها الدِّيةُ، تَقَعُ المُقاصَّةُ إن كانا على السَّواء، وإن كان في الدِّيةِ فَضْلٌ تَردُّهُ على الورثةِ، وإنْ كان في المهرِ فَضلٌ يَردُّهُ الورثةُ عليها.

---

(١) أي: إطلاقُ الإمام محمد في الجامع الصغير وهو قوله: «ومَن قَطَعَ يدَ رجلٍ فَعفا المَقطوعةُ يدُهُ عن القَطعِ»، ذكره مطلقاً غيرَ مُتعرِّضٍ للعَمدِ والخطأ. بناية بتصرف

(٢) أي: سقوطِ القِصاص.

(٣) هذا جواب سؤال تقديره: إنَّ قَبولَ التَّزوُّجِ يَتضمَّنُ العَفْوَ، والعَفوُ لا يُضمَنُ، فلا يَجبُ عليها الدِّيةُ؟

ولو تَزَوَّجَها على اليدِ وما يَحدُثُ منها، أو على الجِنايةِ، ثمَّ ماتَ من ذلك، والقَطعُ عمدٌ، فلها مَهرُ مِثلِها، وإن كان خطأً يُرفَعُ عن العاقلةِ مَهرُ مِثلِها، ولهم ثُلُثُ ما ترَكَ وصيَّةً. ....

وإذا كان القطعُ خطأً يكونُ هذا تَزوُّجاً على أرشِ اليدِ، وإذا سَرَى إلى النَّفسِ تبيَّنَ أنَّه لا أرشَ لليدِ، وأنَّ المُسمَّى مَعدومٌ فيجبُ مهرُ المثلِ، كما إذا تزوَّجَها على ما في اليد، ولا شيءَ فيها، ولا يَتقاصَّان لأنَّ الدِّيةَ تجبُ على العاقلة في الخطأ، والمهرُ لها.

قال: (ولو تَزَوَّجَها على اليدِ وما يَحدُثُ منها، أو على الجِنايةِ، ثمَّ ماتَ من ذلك، والقَطعُ عمدٌ، فلها مَهرُ مِثلِها)؛ لأنَّ هذا تَزوُّجٌ على القِصاصِ، وهو لا يَصلُحُ مهراً، فيجبُ مهرُ المِثلِ على ما بيَّنَّاه، وصار كما إذا تزوَّجَها على خمرٍ أو خنزيرٍ[1]، ولا شيءَ له عليها[2]؛ لأنَّه لمَّا جعَلَ القِصاصَ مهراً فقد رضي بِسُقوطِهِ بجهةِ المهرِ، فيسقطُ أصلاً كما إذا أسقَطَ القِصاصَ بِشَرطِ أن يصيرَ مالاً، فإنَّه يسقُطُ أصلاً.

(وإن كان خطأً يُرفَعُ عن العاقلةِ مَهرُ مِثلِها، ولهم[3] ثُلُثُ ما ترَكَ وصيَّةً[4])؛ لأنَّ هذا تَزوُّجٌ على الدِّيةِ، وهي تَصلُحُ مهراً، إلَّا أنَّه يُعتَبَرُ بِقَدْرِ مهرِ المثلِ من جميعِ المالِ؛ لأنَّه مريضٌ مرَضَ الموتِ، والتَّزوُّجُ من الحوائجِ الأصليَّةِ[5]، ولا يصحُّ في حقِّ الزِّيادةِ على مَهرِ المثلِ؛ لأنَّه مُحاباةٌ، فيكونُ وصيَّةً[6]، فَيُرفَعُ

---

(١) أي: حيث يجبُ عليها مهرُ المِثل.

(٢) أي: لا القِصاص ولا الدِّية.

(٣) أي: للعاقلة.

(٤) أي: ثُلُثُ ما زاد على مَهرِ المثلِ إلى تمامِ الدِّيةِ يكونُ وصيَّةً. عناية.

(٥) ومعلومٌ أنَّ المريضَ إذا تزوَّج امرأةً بمالٍ كان لها مقدارُ مهرِ مثلِها.

(٦) أي: فيكون الزَّائدُ على مَهرِ المِثلِ وصيةً، لذا يُعتبَرُ من ثلث التَّركةِ لأنَّه تبرُّعٌ من الزَّوجِ.

وَمَنْ قُطِعَتْ يدُهُ فاقتُصَّ له من اليدِ ثمَّ ماتَ، فإنَّه يُقتَلُ المُقتَصُّ منه. ومَنْ قُتِلَ وليُّهُ عمداً فَقَطَعَ يدَ قاتلِهِ، ثمَّ عَفا وقد قُضِيَ له بالقِصاصِ أو لم يُقضَ، فعلى قاطعِ اليدِ ديةُ اليدِ عند أبي حنيفة، وقالا: لا شيءَ عليه. ....

عن العاقلةِ؛ لأنَّهم يَتحمَّلُون عنها[١]، فمن المُحالِ أن تَرجِعَ عليهم بِمُوجَبِ جنايَتِها، وهذه الزِّيادةُ[٢] وصيَّةٌ لهم؛ لأنَّهم من أهل الوصيَّةِ لِما أنَّهم ليسوا بِقَتَلَةٍ، فإن كانت تخرجُ[٣] من الثُّلثِ تَسقطُ، وإن لم تَخرجْ يَسقُطُ ثُلُثُه[٤].

وقال أبو يوسف ومحمد: كذلك الجواب فيما إذا تزوَّجَها على اليد[٥]، لأنَّ العفوَ عن اليدِ عفوٌ عمَّا يحدُثُ منه عندهما، فاتَّفق جوابُهُما في الفصلين[٦].

قال: (وَمَنْ قُطِعَتْ يدُهُ فاقتُصَّ له من اليدِ ثمَّ ماتَ، فإنَّه يُقتَلُ المُقتَصُّ منه)؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّ الجنايةَ كانت قَتْلَ عمدٍ، وحقُّ المُقتَصِّ له القَوَدُ، واستيفاءُ القَطعِ لا يُوجِبُ سُقوطَ القَوَدِ، كمَنْ كان له القَوَدُ إذا استوفى طَرَفَ مَن عليه القَوَدُ.

وعن أبي يوسف: أنَّه يَسقُطُ حقُّه في القصاصِ؛ لأنَّه لمَّا أقدَمَ على القَطعِ فقد أبرأه عمَّا وراءه.

ونحن نقول: إنَّما أقدَمَ على القَطعِ ظنَّاً منه أنَّ حقَّه فيه، وبعد السِّرايةِ تبيَّنَ أنَّه في القَوَدِ، فلم يكن مُبرِئاً عنه بدونِ العلمِ به.

قال: (وَمَنْ قُتِلَ وليُّهُ عمداً فَقَطَعَ يدَ قاتلِهِ، ثمَّ عَفا وقد قُضِيَ له بالقِصاصِ أو لم يُقضَ، فعلى قاطعِ اليدِ ديةُ اليدِ عند أبي حنيفة، وقالا: لا شيءَ عليه)؛ لأنَّه استوفى

---

(١) فإن صارت الدِّيةُ مهراً سقطت كلُّها عنهم إن كان مهرُ مِثلِها مِثلَ الدِّيةِ أو أكثرَ

(٢) أي: الزِّيادةُ على مهر المثلِ.

(٣) الدِّيةُ.

(٤) أي: وإن لم تخرجِ الدِّيةُ من الثُّلثِ، سقطَ منها مقدارُ الثُّلثِ وأدَّوا الزِّيادةَ إلى الوليِّ.

(٥) أي: على موجَبِ اليدِ.

(٦) يعني: في التَّزوُّجِ على اليدِ إذا كان القَطعُ خطأً، وفي التَّزوُّجِ على اليد وما يَحدُثُ منها أو على الجنايةِ. وعبَّر بالفَصلين باعتبارِ المُختلِفِ والمُتَّفِقِ، وإلَّا فالفصولُ ثلاثةٌ.

حقَّهُ فلا يَضمَنُه، وهذا لأنَّه استحَقَّ إتلافَ النَّفسِ بِجَميعِ أجزائها، ولهذا لو لم يَعفُ لا يَضمَنُه، وكذا إذا سرى وما بَرِأ، أو ما عفا وما سَرَى، أو قَطَعَ ثمَّ حَزَّ رقَبَتَهُ قبلَ البُرءِ أو بعدَهُ، وصار كما إذا كان له قِصاصٌ في الطَّرَفِ، فَقَطَعَ أصابِعَهُ ثمَّ عفا، لا يَضمَنُ الأصابعَ.

وله: أنَّه استوفى غيرَ حقِّه؛ لأنَّ حقَّه في القتل، وهذا قطعٌ وإبانةٌ.

وكان القياس أن يجبَ القِصاصُ، إلَّا أنَّه سقَطَ لِلشُّبهةِ، فإنَّ له أن يُتلِفَه تَبَعاً[١]، وإذا سَقَطَ وجبَ المالُ، وإنَّما لا يجبُ[٢] في الحالِ لأنَّه يَحتمِلُ أن يَصيرَ قَتلاً بالسِّرايةِ، فيكونُ مُستوفياً حقَّهُ.

ومِلكُ القِصاصِ في النَّفسِ ضروريٌّ[٣] لا يظهرُ إلَّا عندَ الاستيفاءِ أو العفوِ أو الاعتياضِ لِما أنَّه تَصرَّف فيه[٤]، فأمَّا قبلَ ذلك لم يظهرْ[٥]؛ لِعَدَمِ الضَّرورةِ، بخلافِ ما إذا سَرَى لأنَّه استيفاءٌ.

وأمَّا إذا لم يَعفُ وما سَرَى[٦]، قلنا: إنَّما يَتبيَّنُ كونُهُ قطعاً بغيرِ حقٍّ بالبُرءِ، حتَّى لو قَطَعَ وما عفا وبَرِأ، الصَّحيحُ أنَّه على هذا الخلاف.

وإذا قَطَعَ ثمَّ حَزَّ رقَبَتَهُ قبلَ البُرءِ، فهو استيفاءٌ[٧]. ولو حَزَّ بعدَ البُرءِ فهو على هذا الخلافِ هو الصَّحيحُ.

---

(١) أي: أن يُتلِفَ الطَّرَفَ تبعاً للنَّفس.

(٢) أي: المال.

(٣) جوابٌ عن قولهما: «إنَّه استوفى حقَّه»، يعني: لمَّا كان مِلكُ القِصاصِ ضروريّاً لِثُبوتِهِ مع المُنافي وهو الحرية، بحيثُ لا يظهَرُ إلَّا في هذه الأحوال الثَّلاثة، وهي: استيفاءُ النَّفسِ بالقصاص، والعَفوُ، والاعتياضُ، لا يصحُّ التَّصرُّفُ في القاتل بغيرها، والقَطعُ مقصوداً غيرُها، فيكون تَصرُّفاً في غيرِ مَوضعِ الضَّرورةِ، ولا حقَّ له فيه، فيجب الضَّمان. عناية.

(٤) أي: لما أنَّ كلَّ واحدٍ من هذه الثَّلاثةِ تصرُّفٌ في القاتل، فلا يجوزُ التَّصرُّفُ بغيرها. بناية.

(٥) يعني: قبل التَّصرُّفِ بهذه الأشياء الثَّلاثةِ لم يظهر مِلكُ القصاص.

(٦) جوابٌ عن قولهما: «أو ما عفا وما سرى». بناية.

(٧) فلا يضمَنُ؛ لأنَّ الطَّرَفَ صار مستحقّاً في حقِّ القتلِ، وهذا الفعلُ صار قتلاً.

ومَنْ له القِصاصُ في الطَّرَفِ إذا استَوفاهُ ثمَّ سَرَى إلى النَّفسِ وماتَ، يَضمَنُ دِيةَ النَّفسِ عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَضمَنُ.

والأصابعُ[1] وإن كانت تابعةً قياماً بالكفِّ، فالكفُّ تابعةٌ لها غَرَضاً، بخلافِ الطَّرَفِ لأنَّها تابعةٌ للنَّفسِ من كلِّ وجهٍ.

قال: (ومَنْ له القِصاصُ في الطَّرَفِ إذا استَوفاهُ ثمَّ سَرَى إلى النَّفسِ وماتَ، يَضمَنُ دِيةَ النَّفسِ عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَضمَنُ)؛ لأنَّه استوفى حقَّه وهو القَطعُ، ولا يُمكِنُ التَّقييدُ بوصفِ السَّلامةِ؛ لِما فيه من سدِّ بابِ القصاصِ، إذِ الاحترازُ عن السِّرايةِ ليس في وُسعِهِ، فصار كالإمامِ[2] والبَزَّاغِ والحَجَّامِ والمأمورِ بقَطعِ اليدِ[3].

وله: أنَّه قتلٌ بغيرِ حقٍّ؛ لأنَّ حقَّهُ في القَطعِ، وهذا وَقَعَ قتلاً، ولهذا لو وَقَعَ ظلماً كان قتلاً.

ولأنَّه جَرحٌ أفضى إلى فَواتِ الحياةِ في مَجرى العادةِ، وهو مُسمَّى القَتلِ، إلَّا أنَّ القِصاصَ سقَطَ لِلشُّبهةِ، فوجب المالُ، بخلاف ما استَشهدا به من المسائل، إلَّا أنَّه مُكلَّفٌ فيها بالفعل: إمَّا تقلُّداً كالإمام، أو عقداً كما في غيره منها.

والواجباتُ لا تَتقيَّدُ بوَصفِ السَّلامةِ كالرَّمي إلى الحربيِّ، وفيما نحنُ فيه لا التزامَ ولا وُجوبَ، إذ هو مندوبٌ إلى العفوِ، فيكون من باب الإطلاقِ[4]، فأشبَهَ الاصطيادَ.

---

(١) جواب عن قولهما: «وصار كما إذا كان له قِصاصٌ في الطَّرَفِ ...». بناية.

(٢) أي: القاضي إذا قطَعَ يدَ السَّارقِ فمات من ذلك، فإنَّه لا شيء عليه.

(٣) كما إذا قال: «اقطع يدي» ففَعَلَ، فماتَ، لا شيء على القاطع. عناية.

(٤) أي: الإباحة. عناية.

باب الشهادة في القتل

وَمَنْ قُتِلَ وله ابنانِ حاضرٌ وغائبٌ، فأقامَ الحاضِرُ البيِّنَةَ على القَتلِ، ثمَّ قَدِمَ الغائبُ، فإنَّه يُعيدُ البيِّنَةَ، وإنْ كان خطأً لم يُعِدْها بالإجماع، ....

(باب الشهادة في القتل)

قال: (ومَنْ قُتِلَ وله ابنانِ حاضرٌ وغائبٌ، فأقامَ الحاضِرُ البيِّنَةَ على القَتلِ، ثمَّ قَدِمَ الغائبُ، فإنَّه يُعيدُ البيِّنَةَ) عند أبي حنيفة، وقالا: لا يعيدُ. (وإنْ كان خطأً لم يُعِدْها بالإجماع)، وكذلك الدَّينُ يكون لأبيهما على آخَرَ.

لهما في الخلافيَّةِ: أنَّ القِصاصَ طريقُهُ طريقُ الوِراثةِ[١] كالدَّينِ[٢]، وهذا لأنَّه[٣] عِوَضٌ عن نفسِهِ، فيكونُ المِلكُ فيه لِمَن له المِلكُ في المُعوَّضِ، كما في الدِّيةِ، ولهذا[٤] لو انقلب مالاً يكون للميِّتِ[٥]، ولهذا يَسقُطُ بِعَفوِهِ بعدَ الجَرحِ قبلَ المَوتِ، فَيَنتصِبُ أحدُ الورثةِ خَصماً عن الباقين.

وله: أنَّ القِصاصَ طريقُهُ طريقُ الخِلافةِ[٦] دونَ الوِراثةِ، ألا ترى أنَّ مِلكَ القِصاصِ يَثبُتُ بعدَ المَوتِ، والمَيِّتُ ليس من أهلِهِ.

بخلافِ الدَّينِ والدِّيةِ؛ لأنَّه من أهلِ المِلكِ في الأموال، كما إذا نَصَبَ شبكةً فتعَلَّق بها صيدٌ بعدَ موتِهِ، فإنَّه يَملِكُهُ، وإذا كان طريقُهُ الإثباتَ ابتداءً، لا يَنتصِبُ

---

(١) على معنى: أنَّه يثبتُ للميت أوَّلاً، ثمَّ ينتقلُ عنه إلى الوارثِ. بناية.

(٢) وحكمُ الدَّينِ في مثلِ هذه: أن يَنتصِبَ أحدُ الوَرثةِ خَصْماً عن الباقين.

(٣) أي: القصاص، قال تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]

(٤) أي: ولكونِ طريقِ القصاصِ طريقَ الوراثةِ....

(٥) أي: تُقضى به ديونُهُ وتُنفَّذُ منه وصاياه. عناية.

(٦) وهو أن يثبت لمن يَخلُفُ ابتداءً، كالعبد إذا اتَّهَب فإنَّه يَثبُتُ المِلكُ للمولى ابتداءً بطريق الخلافةِ؛ لأنَّ العبد ليس بأهل للملك، كما أنَّ الميِّتَ ليس من أهلِ القِصاصِ؛ لكونه مِلكَ الفعلِ، ولا يُتصوَّرُ الفعلُ من الميِّتِ. عناية.

فإنْ كان أقامَ القاتِلُ البيِّنَةَ أنَّ الغائبَ قد عَفَا، فالشَّاهِدُ خَصْمٌ، ويَسقُطُ القِصاصُ، وكذلك عبدٌ بينَ رَجلَينِ قُتِلَ عمداً وأحَدُ الرَّجلينِ غائبٌ، فهو على هذا. فإنْ كان الأولياءُ ثلاثَةً، فَشَهِدَ اثنانِ منهم على الآخَرِ أنَّه قد عَفَا، فَشَهادَتُهما باطلةٌ، وهو عَفوٌ منهما، فإنْ صَدَّقَهُما القاتِلُ فالدِّيةُ بينهم أثلاثاً، وإنْ كَذَّبَهما فلا شيءَ لهما، ولِلآخَرِ ثُلُثُ الدِّيةِ. ....

أحدُهُم خَصْماً عن الباقين، فيعيدُ البيِّنَةَ بعد حُضورِهِ.

(فإنْ كان أقامَ القاتِلُ البيِّنةَ أنَّ الغائبَ قد عَفَا، فالشَّاهِدُ خَصْمٌ، ويَسقُطُ القِصاصُ)؛ لأنَّه ادَّعى على الحاضِرِ سقوطَ حقِّهِ في القصاصِ إلى مالٍ، ولا يُمكِنُهُ إثباتُهُ إلَّا بإثباتِ العَفوِ من الغائب، فَيَنتصِبُ الحاضرُ خصماً عن الغائب.

(وكذلك عبدٌ بينَ رَجلَينِ قُتِلَ عمداً وأحَدُ الرَّجلينِ غائبٌ، فهو على هذا)؛ لما بيَّنَّاه.

قال: (فإنْ كان الأولياءُ ثلاثَةً، فَشَهِدَ اثنانِ منهم على الآخَرِ أنَّه قد عَفَا، فَشَهادَتُهُما باطلةٌ، وهو عفوٌ منهما)؛ لأنَّهما[1] يَجرَّانِ بِشَهادَتِهما إلى أنفسِهِما مَغْنَماً، وهو انقلابُ القَودِ مالاً.

(فإنْ صَدَّقَهُما القاتِلُ فالدِّيةُ بينهم أثلاثاً) معناه: إذا صَدَّقَهما وَحْدَه، لأنَّه لمَّا صدَّقَهما فقد أقرَّ بِثُلُثَي الدِّيةِ لهما، فصحَّ إقرارُهُ، إلَّا أنَّه يدَّعي سُقوطَ حقِّ المشهودِ عليه، وهو يُنكِرُ، فلا يُصدَّقُ ويَغرَمُ نصيبَهُ.

(وإنْ كَذَّبَهما فلا شيءَ لهما، ولِلآخَرِ ثُلُثُ الدِّيةِ)، ومعناه: إذا كَذَّبَهما القاتلُ أيضاً، وهذا لأنَّهما أقرَّا على أنفسِهِما بِسُقُوطِ القِصاصِ فَقُبِلَ، وادَّعيا انقلابَ نَصيبِهِما مالاً، فلا يُقبَلُ إلا بِحُجَّةٍ، ويَنقلِبُ نصيبُ المَشهودِ عليه مالاً؛ لأنَّ دعواهما العَفْوَ عليه وهو يُنكِرُ، بمنزلةِ ابتداءِ العَفوِ منهما في حقِّ المَشهودِ عليه؛

---

(١) تعليلٌ لقوله: «فشهادَتُهُما باطلة»، وتعليلُ قوله: «وهو عَفْوٌ منهما» لم يَذكُرْهُ، وهو ما قال الإمام المحبوبي: لأنَّهما زَعَما أنَّ القَوَد قد سَقَطَ، وزَعمُهُما مُعتَبَرٌ في حقِّهما. عناية.

وإذا شَهِدَ الشُّهودُ أنَّه ضَرَبَهُ، فلم يَزَلْ صاحِبَ فراشٍ حتَّى ماتَ، فعليه القَوَدُ إذا كان عمداً. ....

لأنَّ سقوطَ القَوَدِ مُضافٌ إليهما، وإن صَدَّقَهما المَشهودُ عليه وَحدَهُ[1] غَرِمَ القاتلُ ثُلُثَ الدِّيةِ لِلمَشهودِ عليه؛ لإقرارِهِ له بذلك، [ولكنَّه يُصرَف ذلك إلى الشَّاهدين، وهذا استحسانٌ. والقياسُ أن لا يَلزَمه شيءٌ؛ لأنَّ ما ادَّعاه الشَّاهدانِ على القاتلِ لم يَثبُتْ لإنكارِهِ، وما أَقَرَّ به القاتلُ للمشهودِ عليه قد بطَلَ بِتكذيبِهِ.

وجه الاستحسان: أنَّ القاتلَ بتكذيبِهِ الشَّاهدينِ أَقَرَّ للمشهودِ عليه بِثُلُثِ الدِّيةِ؛ لِزَعمِهِ أنَّ القِصاصَ سَقَطَ بدعواهما العفوَ عن الثَّالث، وانقَلَبَ نصيبُهُ مالاً، والثَّالثُ لمَّا صدَّقَ الشَّاهدين في العَفوِ فقد زَعَم أنَّ نَصيبَهُما انقلَبَ مالاً، فصار مُقِرّاً لهما بما أقرَّ به القاتل، فيجوزُ إقرارُهُ بذلك بمنزلةِ ما لو أَقَرَّ لرجلٍ بألفِ درهمٍ، فقال المُقَرُّ له: «هذه الألفُ ليست لي، ولكنَّها لفلانٍ، جاز وصار الألفُ لفلانٍ، كذا هذا][2].

قال[3]: (وإذا شَهِدَ الشُّهودُ أنَّه ضَرَبَهُ، فلم يَزَلْ صاحِبَ فراشٍ حتَّى ماتَ، فعليه القَوَدُ إذا كان عمداً)؛ لأنَّ الثَّابتَ بالشَّهادةِ كالثَّابتِ مُعايَنَةً، وفي ذلك القِصاصُ على ما بيَّنَّاه، والشَّهادةُ على قَتلِ العَمدِ تتحقَّقُ على هذا الوجهِ؛ لأنَّ الموتَ بسببِ الضَّربِ إنَّما يُعرَفُ إذا صارَ بالضَّربِ صاحِبَ فراشٍ حتَّى مات.

وتأويلُهُ[4] إذا شَهِدُوا أنَّه ضَرَبَه بشيءٍ جارحٍ.

---

(1) يعني: وكذَّبهما القاتلُ.

(2) ما بين قوسين زيادة من (أ)، ولقد تَردَّدتُ في إثباتها، إلَّا أنِّي وجدت الشيخ البابرتي في العناية نصَّ على هذه الزِّيادة في بعض النُّسخ، فرأيتُ من الصَّواب إثباتُها، والله أعلم.

(3) أي: الإمام محمد في الجامع الصَّغير.

(4) أي: وتأويلُ قول محمد: « وإذا شَهِدَ الشُّهودُ أنَّه ضَرَبَهُ ...».

وإذا اختَلَفَ شاهدا القَتلِ في الأيَّامِ، أو في البلدِ، أو في الذي كان به القَتلُ، فهو باطلٌ، وكذا إذا قال أحَدُهما: «قتَلَهُ بِعَصاً» وقال الآخَرُ: «لا أدري بأيِّ شيءٍ قَتَلَهُ» فهو باطلٌ. وإنْ شَهِدا أنَّه قتَلَهُ، وقالا: «لا ندري بأيِّ شيءٍ قتَلَهُ» ففيهِ الدِّيةُ استحساناً. ....

قال: (وإذا اختَلَفَ شاهدا القَتلِ في الأيَّامِ، أو في البلدِ، أو في الذي كان به القَتلُ، فهو باطلٌ)؛ لأنَّ القتلَ لا يُعادُ ولا يُكرَّرُ، والقتلُ في زمانٍ أو في مكانٍ غيرِ القَتلِ في زمانٍ أو مكانٍ آخَرَ، والقتلُ بالعصا غيرُ القتلِ بالسِّلاحِ؛ لأنَّ الثَّاني عمدٌ والأوَّلَ شِبهُ العَمدِ، ويَختلِفُ أحكامُهُما، فكان على كلِّ قتلٍ شهادةُ فردٍ.

(وكذا إذا قال أحَدُهما: «قتَلَهُ بِعَصاً» وقال الآخَرُ: «لا أدري بأيِّ شيءٍ قَتَلَهُ» فهو باطلٌ)؛ لأنَّ المُطلَقَ يُغايرُ المُقيَّدَ[1].

قال: (وإنْ شَهِدا أنَّه قتَلَهُ، وقالا: «لا ندري بأيِّ شيءٍ قتَلَهُ» ففيهِ الدِّيةُ استحساناً)، والقياسُ أنْ لا تُقبَلَ هذه الشَّهادةُ؛ لأنَّ القَتلَ يَختلِفُ باختلافِ الآلةِ، فَجُهِلَ المُشهودُ به.

وجه الاستحسان: أنَّهم شَهِدُوا بِقَتلٍ مُطلَقٍ، والمُطلَقُ ليس بِمُجمَلٍ، فيجبُ أقلُّ مُوجَبيهِ، وهو الدِّيةُ، ولأنَّه يُحمَلُ إجمالُهُم في الشَّهادةِ على إجمالِهِم بالمشهودِ عليه، ستراً عليه[2].

وأوَّلُوا[3] كَذِبَهم في نَفْيِ العلمِ[4] بظاهرِ ما وَرَدَ بإطلاقِهِ في إصلاحِ ذاتِ البينِ، وهذا في معناه[5]، ....

---

(١) وجهُ المغايرة: أنَّ المُطلَقَ يُوجِبُ الدِّيَةَ في مالِهِ، والمُقيَّدَ بالعَصا يوجِبُ الدِّيَةَ على العاقلة.

(٢) أي: ستراً على القاتل حتى لا يجب عليه القصاصُ.

(٣) أي: المشايخُ أوَّلوا كذبَ الشُّهودِ.

(٤) أي: قول الشُّهود «لا ندري».

(٥) أي: سترُ الشَّاهدِ على المشهود عليه في معنى إصلاحِ ذاتِ البَينِ، بجامعِ أنَّ العَفْوَ مندوبٌ إليه هاهنا، =

وإذا أقَرَّ رجلانِ، كلٌّ واحدٍ منهما أنَّه قَتَلَ فلاناً، فقال الوليُّ: «قَتَلتُماهُ جميعاً» فلَهُ أن يَقتُلَهما، وإن شَهِدُوا على رجلٍ أنَّه قَتَلَ فلاناً، وشَهِدَ آخَرونَ على آخَرَ بِقَتلِهِ، وقال الوَليُّ: «قَتلتُماهُ جميعاً» بطَلَ ذلك كلُّهُ.

فلا يَثبُتُ الاختلافُ بالشَّكِّ[1]، وتَجِبُ الدِّيةُ في مالِهِ لأنَّ الأصلَ في الفعلِ العَمدُ، فلا يَلزَمُ العاقلةَ.

قال: (وإذا أقَرَّ رجلانِ، كلٌّ واحدٍ منهما أنَّه قَتَلَ فلاناً، فقال الوليُّ: «قَتلتُماهُ جميعاً» فلَهُ أن يَقتُلَهما، وإن شَهِدُوا على رجلٍ أنَّه قَتَلَ فلاناً، وشَهِدَ آخَرونَ على آخَرَ بِقَتلِهِ، وقال الوَليُّ: «قَتلتُماهُ جميعاً» بطَلَ ذلك كلُّهُ).

والفرقُ: أنَّ الإقرارَ والشَّهادةَ يَتناولُ كلُّ واحدٍ منهما وُجودَ كلِّ القَتلِ ووُجوبَ القِصاصِ، وقد حَصَلَ التَّكذيبُ في الأوَّل[2] من المُقَرِّ له، وفي الثَّاني من المَشهودِ له، غيرَ أنَّ تكذيبَ المُقَرِّ له المُقِرَّ في بَعضِ ما أقَرَّ به لا يُبطِلُ إقرارَهُ في الباقي، وتَكذيبَ المَشهودِ له الشَّاهدَ في بعضِ ما شَهِدَ به يُبطِلُ شهادَتَه أصلاً؛ لأنَّ التَّكذيبَ تفسيقٌ، وفِسقُ الشَّاهدِ يَمنَعُ القَبولَ، أمَّا فِسقُ المُقِرِّ لا يمنعُ صحَّةَ الإقرار.

= كما أنَّ الإصلاحَ مندوبٌ إليه هنالك، فكان وُرُودُ الحديثِ هنالك وروداً هاهنا. عناية.

(١) يعني: إذا احتَمَلَ أن يكونوا عالِمِينَ وأجمَلُوا، واحتَمَلَ أن لا يكونوا كذلك، وقَعَ الشَّكُّ، والاختلافُ لا يَثبُتُ بالشَّكِّ. عناية.

(٢) أي: في الوجهِ الأوَّل.

باب اعتبار حالة القتل

ومَنْ رَمَى مُسلِماً فارتَدَّ المَرميُّ إليه - والعياذُ بالله - ثمَّ وَقَعَ به السَّهمُ، فعلى الرَّامي الدِّيةُ عند أبي حنيفة. وقالا: لا شيءَ عليه. ولو رَمَى إليه وهو مُرتَدٌّ، فأسلَمَ، ثمَّ وَقَعَ به السَّهمُ، فلا شيءَ عليه في قولِهِم جميعاً، وكذا إذا رمى حربيًّا فأسلَمَ. وإنْ رَمَى عبداً فأعتقَهُ مَولاهُ، ثمَّ وَقَعَ السَّهمُ به، فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ لِلمَولَى. ....

(باب اعتبار حالة القتل)

قال: (ومَنْ رَمَى مُسلِماً فارتَدَّ المَرميُّ إليه - والعياذُ بالله - ثمَّ وَقَعَ به السَّهمُ، فعلى الرَّامي الدِّيةُ عند أبي حنيفة. وقالا: لا شيءَ عليه)؛ لأنَّه بالارتدادِ أسقَطَ تَقوُّمَ نفسِهِ، فيكونُ مُبرِّئاً لِلرَّامي عن مُوجَبِهِ، كما إذا أبرأه بعد الجَرحِ قبلَ الموتِ.

وله: أنَّ الضَّمانَ يجبُ بفعلِهِ، وهو الرَّميُ، إذْ لا فِعلَ منه بعدُ، فَتُعتَبَرُ حالةُ الرَّمي، والمَرميُّ إليه فيها مُتقوِّمٌ.

ولهذا تُعتَبَرُ حالةُ الرَّمي في حقِّ الحِلِّ، حتَّى لا يَحرُمُ بردَّةِ الرَّامي بعدَ الرَّمي، وكذا في حقِّ التَّكفيرِ، حتَّى جاز بعد الجَرحِ قبلَ الموتِ.

والفعلُ[1] وإن كان عمداً، فالقَوَدُ سَقَطَ للشُّبهةِ، ووَجَبَتِ الدِّيةُ.

(ولو رَمَى إليه وهو مُرتَدٌّ، فأسلَمَ، ثمَّ وَقَعَ به السَّهمُ، فلا شيءَ عليه في قولِهِم جميعاً، وكذا إذا رمى حربيًّا فأسلَمَ)؛ لأنَّ الرَّمي ما انعقَدَ مُوجِباً للضَّمانِ؛ لِعَدَمِ تقوُّمِ المَحلِّ، فلا يَنقلِبُ مُوجِباً لصيرورتِهِ مُتقوِّماً بعد ذلك.

قال: (وإنْ رَمَى عبداً فأعتقَهُ مَولاهُ، ثمَّ وَقَعَ السَّهمُ به، فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ لِلمَولَى) عند أبي حنيفة. وقال محمد: عليه فَضلُ ما بينَ قيمتِهِ مَرمِيًّا إلى غيرِ مرميٍّ. وقولُ أبي يوسف مع قولِ أبي حنيفة.

---

(١) جواب سؤال تقديره: إن كان ما ذكرتُم صحيحاً بجميعِ مُقدِّماتِه، والفِعلُ عمدٌ، فالواجبُ القِصاصُ. بناية.

وَمَنْ قُضِيَ عليه بالرَّجمِ فَرَماهُ رَجلٌ، ثمَّ رَجَعَ أحدُ الشُّهودِ، ثمَّ وَقَعَ به الحَجَرُ، فلا شيءَ على الرَّامي. وإذا رَمَى المَجوسيُّ صيداً، ثمَّ أسلَمَ، ثمَّ وَقَعَتِ الرَّميَّة بالصَّيدِ، لم يُؤكَلْ، وإنْ رماهُ وهو مُسلِمٌ ثمَّ تَمَجَّسَ - والعياذُ بالله - أُكِلَ.

له: أنَّ العِتقَ قاطعٌ لِلسِّرايةِ، وإذا انقطعتْ بَقِيَ مُجرَّدُ الرَّمي، وهو جنايةٌ يَنتقِصُ بها قيمةُ المَرميِّ إليه بالإضافةِ إلى ما قبلَ الرَّمي، فيجبُ ذلك.

ولهما: أنَّه يصيرُ قاتلاً من وَقتِ الرَّمي؛ لأنَّ فِعلَهُ الرَّميُ، وهو مَملوكٌ في تلك الحالةِ، فتجبُ قيمتُهُ. بخلافِ القَطعِ والجَرحِ؛ لأنَّه إتلافُ بعضِ المَحلِّ، وأنَّهُ يُوجِبُ الضَّمانَ للمولى، وبعد السِّرايةِ لو وَجَبَ شيءٌ لَوَجَبَ للعبدِ، فتصيرُ النِّهايةُ مُخَالِفةً للبداية.

أمَّا الرَّميُ قبلَ الإصابةِ ليس بإتلافِ شيءٍ منه؛ لأنَّه لا أثَرَ له في المَحلِّ[1]، وإنَّما قلَّتِ الرَّغباتُ فيه، فلا يجبُ به ضمانٌ، فلا تَتخالَفُ النِّهايةُ والبدايةُ، فتجبُ قيمتُهُ لِلمَولَى.

وزفر وإن كان يخالِفُنا في وجوبِ القيمةِ[2] نظراً إلى حالةِ الإصابةِ، فالحُجَّةُ عليه ما حقَّقناه.

قال: (ومَنْ قُضِيَ عليه بالرَّجمِ فَرَماهُ رَجلٌ، ثمَّ رَجَعَ أحدُ الشُّهودِ، ثمَّ وَقَعَ به الحَجَرُ، فلا شيءَ على الرَّامي)؛ لأنَّ المُعتَبَرَ حالةَ الرَّمي، وهو مباحُ الدَّمِ فيها.

(وإذا رَمَى المَجوسيُّ صيداً، ثمَّ أسلَمَ، ثمَّ وَقَعَتِ الرَّميَّة بالصَّيدِ، لم يُؤكَلْ، وإنْ رماهُ وهو مُسلِمٌ ثمَّ تَمَجَّسَ - والعياذُ بالله - أُكِلَ)؛ لأنَّ المُعتَبَرَ حالُ الرَّمي في حقِّ الحِلِّ والحُرمةِ، إذِ الرَّميُ هو الذَّكاةُ، فَتُعتَبَرُ الأهليَّةُ، وانسِلابُها عنده.

---

(١) لعدَمِ إصابَتِهِ المحلَّ المرميَّ.

(٢) يعني: ويقول بالدِّيةِ نظَراً إلى حالةِ الإصابةِ.

ولو رَمَى المُحرِمُ صيداً، ثمَّ حلَّ، فَوَقَعَتِ الرَّميَّةُ بالصَّيدِ، فعليهِ الجَزاءُ. وإنْ رَمَى حلالٌ صيداً، ثمَّ أحرَمَ، فلا شيءَ عليهِ.

(ولو رَمَى المُحرِمُ صيداً، ثمَّ حَلَّ، فَوَقَعَتِ الرَّميَّةُ بالصَّيدِ، فعليهِ الجَزاءُ).

(وإنْ رَمَى حلالٌ صيداً، ثمَّ أحرَمَ، فلا شيءَ عليهِ)؛ لأنَّ الضَّمانَ إنَّما يجبُ بالتَّعدِّي، وهو رَمْيُهُ في حالةِ الإحرامِ، وفي الأوَّلِ هو مُحرِمٌ وقتَ الرَّميِ، وفي الثَّاني حَلالٌ، فلهذا افترَقا.



كتاب الديات

وفي شِبهِ العَمدِ دِيَةٌ مُغلَّظةٌ على العاقلةِ، وكفَّارةٌ على القاتلِ، وكفَّارتُه عِتقُ رَقبةٍ مؤمنةٍ، فإنْ لم يَجِدْ فَصيامُ شَهرَينِ مُتَتابِعَينِ، ولا يُجزِئُ فيه الإطعامُ، ....

(كتاب الديات[1])

قال: (وفي شِبهِ العَمدِ دِيَةٌ مُغلَّظةٌ على العاقلةِ، وكفَّارةٌ على القاتلِ)، وقد بيَّنَّاه في أوَّل الجنايات.

قال: (وكفَّارتُه عِتقُ رَقبةٍ مؤمنةٍ)؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾[النِّساء: ٩٢] الآية، (فإنْ لم يَجِدْ فَصيامُ شَهرَينِ مُتَتابِعَينِ) بهذا النَّصِّ.

(ولا يُجزِئُ فيه الإطعامُ)؛ لأنَّه لم يَرِدْ به نَصٌّ، والمقاديرُ تُعرَفُ بالتَّوقيفِ، ولأنَّه[2] جَعَلَ المذكورَ كلَّ الواجبِ بحرف الفاءِ[3]، أو لكونِهِ[4] كلَّ المذكورِ على ما عُرِفَ[5].

---

(١) «الدِّيةُ» مصدرٌ من «وَدَى القاتِلُ المقتولَ» إذا أعطى وَليَّهُ المالَ الذي هو بدَلُ النَّفسِ، كالعِدَةِ من وَعَدَ. عناية.

(٢) أي: النَّصُّ.

(٣) وذلك لأنَّ الواقعَ بعدَ فاءِ الجزاءِ يجبُ أن يكونَ كلُّ الجزاءِ، إذ لو لم يكنْ كذلك لالتَبَسَ، فلا يُعلَمُ أنَّه هو الجزاءُ أو بَقِيَ منه شيءٌ، ومِثلُهُ مُخِلٌّ، ألا ترى أنَّه لو قال لامرأته: «إن دخلتِ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ» وفي نيَّتِهِ أن يقولَ: «وعبدي حُرٌّ»، ولكنَّه لم يقل، لا يكونُ الجزاءُ إلَّا المذكور لئلا يَختَلَّ الفَهْمُ. عناية.

(٤) أي: لكون الصِّيام كلَّ المذكور، إذ لو كان الغيرُ مراداً لَذَكَرَه؛ لأنَّه موضعُ الحاجةِ إلى البيان، والسُّكوتُ في موضعِ الحاجةِ إلى البيان بيانٌ. عناية.

(٥) يعني: في أصول الفقه. بناية.

ويُجزِئُهُ رضيعٌ أحدُ أبويهِ مُسلِمٌ، ولا يُجزِئُ ما في البطنِ، وهو الكفَّارةُ في الخَطأ. ودِيتُهُ عند أبي حنيفةَ وأبي يوسف مائةٌ من الإبلِ أرباعاً: خَمسٌ وعِشرونَ بِنتُ مَخاضٍ، وخَمسٌ وعِشرونَ بِنتُ لَبُونٍ، وخَمسٌ وعِشرونَ حِقَّةٌ، وخَمسٌ وعِشرونَ جَذَعَةٌ. ....

(ويُجزِئُهُ رضيعٌ أحدُ أبويهِ مُسلِمٌ)؛ لأنَّه مسلِمٌ به، والظَّاهرُ سلامةُ أطرافِهِ[١].

(ولا يُجزِئُ ما في البطنِ)؛ لأنَّه لا تُعرَفُ حياتُهُ ولا سَلامتُهُ.

قال: (وهو[٢] الكفَّارةُ في الخَطأ)؛ لِما تلوناه.

(ودِيتُهُ[٣] عند أبي حنيفةَ وأبي يوسف مائةٌ من الإبلِ أرباعاً: خَمسٌ وعِشرونَ بِنتُ مَخاضٍ، وخَمسٌ وعِشرونَ بِنتُ لَبُونٍ، وخَمسٌ وعِشرونَ حِقَّةٌ، وخَمسٌ وعِشرونَ جَذَعَةٌ).

وقال محمَّد والشَّافعيُّ[٤]: أثلاثاً، ثلاثونَ جَذَعَةٌ، وثلاثون حِقَّةٌ، وأربعونَ ثَنِيَّةٌ، كلُّها خَلِفاتٌ[٥] في بُطونِها أولادُها؛ لقوله ﷺ: «ألا إنَّ قتيلَ خطإ العمدِ قَتيلُ السَّوطِ والعَصا، وفيه مائةٌ من الإبلِ، أربعونَ منها في بُطونِها أولادُها»[٦]، وعن عمر رضي الله عنه: ثلاثون حِقَّة، وثلاثون جَذَعة، ولأنَّ دِيةَ شِبهِ العمدِ أغلَظُ، وذلك فيما قلنا.

ولهما: قوله ﷺ: «في نَفسِ المُؤمنِ مائةٌ من الإبل»[٧]، وما روياه غيرُ ثابتٍ؛

---

(١) أراد أن شرطَ هذا الإعتاقِ، الإسلامُ وسلامةُ الأطرافِ. والأوَّلُ يحصلُ بإسلامِ أحدِ أبويهِ، والثاني بالظَّاهر.

(٢) أي: تحريرُ رقبةٍ مؤمنةٍ.

(٣) أي: ديةُ شبه العمد.

(٤) انظر المجموع (١٩/ ٤٤) طبعة «١» دار الفكر بيروت.

(٥) «الخَلِفات» جمع «خلفة»، وهي: الحَواملُ من النُّوقِ، فقولُهُ: «في بطونها أولادُها» صفةٌ كاشفةٌ، والضَّمير في «كلُّها» للثنِيَّةِ. عناية.

(٦) تقدَّم ص (٤٤٢) ت (١).

(٧) تقدَّم في الزكاة في كتاب عمرو بن حزم ص (٤٤٢) ت (١).

ولا يَثبُتُ التَّغليظُ إلَّا في الإبلِ خاصَّةً. وقَتْلُ الخَطأ تَجِبُ به الدِّيةُ على العاقلةِ، والكَفَّارةُ على القاتِلِ. والدِّيةُ في الخَطأ مِائةٌ من الإبِلِ أخماساً، عِشرونَ بِنتُ مَخاضٍ، وعِشرونَ بِنتُ لَبُونٍ، وعِشرونَ ابنُ مَخاضٍ، وعِشرونَ حِقَّةٌ، وعِشرونَ جَذَعَةٌ، ....

لاختلافِ الصَّحابةِ رضي الله عنهم في صفةِ التَّغليظِ، وابنُ مسعود رضي الله عنه قال بالتَّغليظِ أرباعاً[1] كما ذكرنا، وهو كالمرفوعِ، فيُعارَضُ به.

قال: (ولا يَثبُتُ التَّغليظُ إلَّا في الإبلِ خاصَّةً)؛ لأنَّ التَّوقيفَ فيه، فإن قَضى بالدِّيةِ في غيرِ الإبلِ لم تَتغلَّظ لِما قلنا.

قال: (وقَتْلُ الخَطأ تَجِبُ به الدِّيةُ على العاقلةِ، والكَفَّارةُ على القاتِلِ)؛ لِما بيَّنَّا من قبلُ[2].

قال: (والدِّيةُ في الخَطأ مِائةٌ من الإبِلِ أخماساً، عِشرونَ بِنتُ مَخاضٍ، وعِشرونُ بِنتُ لَبُونٍ، وعِشرونَ ابنُ مَخاضٍ، وعِشرونَ حِقَّةٌ، وعِشرونَ جَذَعَةٌ)، وهذا قولُ ابن مسعود رضي الله عنه[3]، وأخذنا نحن والشَّافعيُّ به لروايته «أنَّ النَّبيَّ ﷺ قضى في قتيلٍ قُتِلَ خطأً أخماساً»، على نحو ما قال، ولأنَّ ما قلناه أخفُّ، فكان أليَقَ بحالةِ الخطإ؛ لأنَّ الخاطئ مَعذورٌ، غيرَ أنَّ عند الشَّافعيِّ يقضي بعشرين ابنِ لَبون، مكانَ ابنِ مَخاض، والحُجَّةُ عليه ما رويناه.

---

(١) أخرج أبو داود في الديات، باب: في دية الخطأ شبه العمد (٤٥٤٥)، والترمذي في الديات، باب: الدية كم هي من الإبل (١٣٨٦)، وابن ماجة في الديات، باب: دية الخطأ (٢٦٣١) عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «في ديةِ الخطأ عشرون حِقَّة، وعشرون جَذَعَة، وعِشرونَ بنتُ مَخاضٍ، وعِشرونَ بنتُ لَبونٍ، وعشرون بني مَخاضٍ ذكر».

(٢) يعني: في أوَّل كتابِ الجنايات.

(٣) أجمعتِ الصَّحابةُ على المائةِ، لكنَّهم اختلفوا في سِنِّها. عناية.

ومِنَ العَينِ ألفُ دينارٍ، ومِنَ الوَرِقِ عَشَرةُ آلافِ درهمٍ. ولا تَثبُتُ الدِّيةُ إلَّا من هذه الأنواعِ الثَّلاثةِ عند أبي حنيفة، وقالا: منها ومِنَ البقرِ مائتا بقرة، ومِنَ الغَنمِ ألفا شاةٍ، ومِن الحُلَلِ مائتا حُلَّةٍ، كلُّ حُلَّةٍ ثوبانِ.

قال: (ومِنَ العَينِ ألفُ دينارٍ، ومِنَ الوَرِقِ عَشَرةُ آلافِ درهمٍ)، وقال الشَّافعيُّ[1]: من الوَرِقِ اثنا عشر ألفاً لِما روى ابنُ عباس رضي الله عنهما أنَّ النَّبيَّ ﷺ قضى بذلك[2].

ولنا: ما روي عن عمر رضي الله عنه «أنَّ النَّبيَّ ﷺ قضى بالدِّية في قتيلٍ بعشرةِ آلافِ درهم»[3].

وتأويلُ ما روى أنَّه قضى من دراهمَ كان وَزْنُها وزنَ ستَّةٍ، وقد كانت كذلك.

قال: (ولا تَثبُتُ الدِّيةُ إلَّا من هذه الأنواعِ الثَّلاثةِ عند أبي حنيفة، وقالا: منها ومِنَ البقرِ مائتا بقرة، ومِنَ الغَنمِ ألفا شاةٍ، ومِن الحُلَلِ مائتا حُلَّةٍ، كلُّ حُلَّةٍ ثَوبانِ)؛ لأنَّ عمر رضي الله عنه هكذا جَعَلَ على أهلِ كلِّ مالٍ منها[4].

---

(١) انظر مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين (٤/ ٥٦) ط دار الفكر.

(٢) أخرجه الترمذي في الديات، باب: الدية كم هي من الدراهم (١٣٨٨)، والنسائي في الصغرى كتاب القسامة، باب: الدية من الورق (٤٨٠٨)، وأبو داود في الديات، باب: الدية كم هي (٤٥٤٦)، وابن ماجة في الديات، باب: دية الخطأ (٢٦٢٩) عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنَّه جعَلَ الدِّيةَ اثني عشر ألفاً. واللفظ لابن ماجة

(٣) في البناية: هذا الحديث غريبٌ، وروى محمد في الآثار وقال: اخبرنا أبو حنيفة، عن الهيثم، عن عامر الشَّعبيِّ، عن عمر بن الخطاب قال: على أهل الوَرِقِ من الدِّيةِ عشرة آلاف درهم، وعلى أهل الذَّهب ألف دينار.

(٤) في البناية: روى أبو يوسف في كتاب الخراج قال: حدَّثنا ابنُ أبي ليلى، عن الشَّعبيِّ عن عَبيدَةَ السلماني قال: وضَعَ عمرُ بن الخطاب رضي الله عنه الدِّيات على أهلِ الذَّهبِ ألفَ دينارٍ، وعلى أهلِ الوَرِقِ عشَرَةَ آلاف درهمٍ، وعلى أهلِ الإبِلِ مائةً من الإبلِ، وعلى أهلِ البقرِ مائتي بقرة، وعلى أهلِ الشِّياهِ ألفي شاة، وعلى أهل الحُلَلِ مائتي حلَّة.

وديَةُ المرأةِ على النِّصفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجلِ، ....

وله: أنَّ التَّقديرَ إنَّما يستقيمُ بشيءٍ معلومِ الماليَّةِ، وهذهِ الأشياءُ مَجهولةُ الماليَّةِ، ولهذا لا يُقدَّرُ بها ضَمانٌ، والتَّقديرُ بالإبلِ عُرِفَ بالآثارِ المَشهورةِ وعَدِمناها في غيرها[١].

وذَكَرَ[٢] في المَعاقِلِ: أنَّه لو صالَحَ على الزِّيادةِ على مائتي حُلَّةٍ، أو مائتي بقرةٍ لا يجوزُ[٣]، وهذا آيةُ التَّقديرِ بذلك.

ثمَّ قيل: هو[٤] قولُ الكلِّ فيرتفعُ الخلافُ، وقيل: هو قولهما.

قال: (وديَةُ المرأةِ على النِّصفِ مِنْ دِيَةِ الرَّجلِ)، وقد وَرَدَ هذا اللَّفظُ موقوفاً على عليٍّ رضي الله عنه[٥]، ومرفوعاً إلى النَّبيِّ ﷺ[٦].

---

(١) أي: لم يُذكر في الآثار المشهورةِ غيرُ الإبلِ.

(٢) أي: الإمام محمد في كتاب المعاقل من المبسوط. بناية.

(٣) أورد هذا شبهةً على ما رُوي عن أبي حنيفة من قوله: «ولا تَثبُتُ الدِّيةُ إلَّا من هذه الأنواعِ الثَّلاثةِ». ووجهُ وُرُودِها:
أنَّ محمداً ذَكَرَ في المَعاقلِ أنَّه لو صالَحَ الوليُّ من الدِّيةِ على أكثرِ من ألفي شاةٍ، أو على أكثرِ من مائتي بقرةٍ، أو على أكثرِ من مائتي حلَّةٍ، لا يجوزُ، ولم يذكر الخِلافَ فيه، وذلك يدلُّ على أنَّ الأصنافَ الثَّلاثةَ أيضاً من الأصولِ المُقدَّرةِ في الدِّيةِ عنده أيضاً.

(٤) أي: جوازُ التَّقدير بالحُلَل والبقر والغنم، قولُ الأئمَّةِ الثلاثة.
قال في العناية:
ولا أرى صحَّتَه لأنَّه يُناقِضُ روايةَ كتابِ الدِّيات كما مرَّ آنفاً، وحَمَلَ بعضُ مَشايخنا على أنَّ في المسألةِ عنه روايتين.

(٥) أخرج البيهقي في الكبرى، كتاب الديات، باب: ما جاء في جراح المرأة (١٦٧٤٢)، وفي الصغرى، كتاب الديات، باب: دية المرأة وأرش جراحها (٣٢٨٥) عن عليِّ بن أبي طالب رضي الله عنه أنَّه قال: «عَقْلُ المرأةِ على النِّصفِ من عَقلِ الرَّجل، في النَّفسِ وفيما دونها».

(٦) أخرج البيهقي في الكبرى، كتاب الديات، باب: ما جاء في دية المرأة (١٦٧٣٨) عن معاذ بن جبل قال: قال رسولُ الله ﷺ: «دِيةُ المرأةِ على النِّصفِ من ديةِ الرَّجلِ».

ودِيَةُ المُسلِمِ والذِّمِّيِّ سَواءٌ.

وقال الشَّافعيُّ[١]: ما دونَ الثُّلُثِ لا يَتنصَّفُ، وإمامُهُ فيه زيدُ بن ثابتٍ رضي الله عنه، والحُجَّةُ عليه ما رويناه بعمومِهِ، ولأنَّ حالَها أنقصُ من حالِ الرَّجلِ، ومَنفَعَتَها أقلُّ، وقد ظَهَرَ أثَرُ النُّقصانِ بالتَّنصيفِ في النَّفسِ، فكذا في أطرافِها وأجزائِها اعتباراً بها وبالثُّلُث وما فوقه.

قال: (ودِيَةُ المُسلِمِ والذِّمِّيِّ سَواءٌ)، وقال الشَّافعيُّ[٢]: ديةُ اليهوديِّ والنَّصرانيِّ أربعةُ آلافِ درهمٍ، وديةُ المَجوسيِّ ثمانمائة درهمٍ.

وقال مالك: ديةُ اليهوديَّ والنَّصرانيِّ ستَّةُ آلافِ درهمٍ؛ لقوله ﷺ: «عَقلُ الكافرِ نِصفُ عَقلِ المسلمِ»[٣]، والكلُّ عنده اثنا عشر ألفاً.

وللشَّافعيِّ ما روي «أنَّ النَّبيَّ ﷺ جَعَلَ دِيَةَ اليهوديِّ والنَّصرانيِّ أربعةَ آلافِ درهمٍ، وديةَ المَجوسيِّ ثمانمائة درهم»[٤].

ولنا: قوله ﷺ: «ديةُ كلِّ ذي عهدٍ في عهدِهِ ألفُ دينار»[٥]، ....

(١) الصَّحيح أنَّ المذهبَ عند الشَّافعيَّة هو أنَّ ديةَ المرأةِ نصفُ ديةِ الرَّجل، وكذلك ديةُ أطرافها أو جراحاتِها على النِّصفِ من الرَّجل. وما ذكره الشيخُ إنَّما هو القولُ القديم. انظر المجموع (١٩/ ٥٤)، والرَّوضة (٩/ ١٥٧)، والوسيط (٦٣٣٠).

(٢) انظر المجموع للنووي (١٩/ ٥١)، والرَّوضة (٩/ ٢٥٨).

(٣) أخرج الترمذي في الديات، باب: دية الكافر (١٤١٣)، والنسائي في الصغرى، كتاب القسامة، باب: كم دية الكافر (٤٨٧٠)، والبيهقي في الصغرى، كتاب الديات، باب: دية أهل الذِّمَّةِ (٣٣٠٣) عن عَمروِ بنِ شُعَيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو أنَّ رسولَ الله ﷺ قال: «عقلُ الكافرِ نِصفُ عَقلِ المُؤمنِ».

(٤) أخرجه البيهقي في الصغرى، كتاب الديات، باب: دية أهل الذِّمَّة (٣٢٩٣) عن عَمروِ بنِ شُعيب، أنَّ رسولَ الله ﷺ فَرَضَ على كلِّ مسلمٍ قتَلَ رجلاً من أهل الكتابِ أربعةَ آلاف.

(٥) أخرجه أبو داود في المراسيل، باب: دية الذمي (٢٦٤) عن سعيد بن المسيب قال: قال رسول الله ﷺ: الحديث.

وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما.

وما رواه الشَّافعيُّ رحمه الله لم يُعرَفْ راويه، ولم يُذكَرْ في كتب الحديث[1]، وما رويناهُ أشهَرُ مِمَّا رواهُ مالكٌ، فإنَّه ظَهَر به عملُ الصَّحابةِ رضي الله عنهم.

(١) في الدراية: قوله: «وهذا الحديثُ لا يُعرَف راويه، ولم يُوجَد في كتب الحديث» إن أراد براويهِ الصَّحابيَّ فَمُسلَّمٌ، وإلَّا فلا. وقد روى الشَّافعيُّ وعبدُ الرَّزَّاق من روايةِ سعيدِ بن المُسيِّب عن عمر أنَّه قضى في اليهوديِّ والنَّصرانيِّ أربعةَ آلافٍ، وفي المجوسيِّ ثمانمائة.
وأخرجه ابن أبي شيبة من وجهٍ آخر عن عمر، وروى الشَّافعيُّ وابنُ أبي شيبةَ من طريق سعيد عن عثمان مِثلُهُ ولم يَذكُر المجوسيَّ.

فصل فيما دون النفس

وفي النَّفسِ الدِّيةُ وفي المارِنِ الدِّيةُ، وفي اللِّسانِ الدِّيةُ، وفي الذَّكرِ الدِّيةُ، ......

(فصل فيما دون النفس)

قال: (وفي النَّفسِ الدِّيةُ) وقد ذكرناه.

قال: (وفي المارِنِ الدِّيةُ، وفي اللِّسانِ الدِّيةُ، وفي الذَّكرِ الدِّيةُ)، والأصلُ فيه ما روى سعيدُ بنِ المُسيِّب رضي الله عنه أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «في النَّفسِ الدِّيةُ، وفي اللِّسانِ الدِّيةُ، وفي المارِنِ الدِّيةُ»[1]، وهكذا هو في الكتاب الذي كَتَبَه رسولُ الله ﷺ لِعَمروِ بنِ حَزْمٍ رضي الله عنه[2].

والأصلُ في الأطرافِ أنَّه إذا فوَّتَ جِنسَ مَنفعةٍ على الكمالِ، أو أزال جَمالاً مَقصوداً في الآدميِّ على الكمالِ يَجِبُ كلُّ الدِّيةِ؛ لإتلافِهِ النَّفسَ من وَجهٍ، وهو مُلحَقٌ بالإتلافِ من كلِّ وجهٍ تعظيماً للآدمي.

أصلُهُ قضاءُ رسولِ اللهِ ﷺ بالدِّيةِ كلِّها في اللِّسانِ والأنفِ، وعلى هذا تَنسحِبُ فروعٌ كثيرةٌ فنقول:

---

(١) قال في الدراية: لم أجِدْه.

(٢) أخرجه النسائي في الصغرى، كتاب القسامة، باب: ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول واختلاف الناقلين له (٤٨٥٣) أنَّ رسول الله ﷺ كتب كتاباً إلى أهل اليمن وبَعَثَ به مع عمرو بن حزم وفيه: «أنَّ مَنِ أعتَبَط مؤمناً قتلاً عن بيِّنةٍ، فإنَّه قَوَدٌ إلَّا أنْ يُرضِي أولياءَ المَقتولِ، وأنَّ في النَّفسِ الدِّيةَ مائةٌ من الإبل، وفي الأنفِ إذا أوعَبَ جَدْعَهُ الدِّيةَ، وفي اللِّسانِ الدِّيةَ، وفي الشَّفتينِ الدِّية، وفي البَيضَتَينِ الدِّيةَ، وفي الذَّكرِ الدِّيةَ، وفي الصُّلبِ الدِّيةَ، وفي العَينَينِ الدِّيةَ، وفي الرِّجلِ الواحدةِ نِصفُ الدِّيةِ، وفي المَأمُومةِ ثُلُثَ الدِّيةِ، وفي الجائِفةِ ثُلُثَ الدِّيةِ، وفي المُنقِلَةِ خَمْسَ عشرةَ من الإبلِ، وفي كلِّ أصبُعٍ من أصابعِ اليدِ والرِّجلِ عَشراً من الإبل، وفي السِّنِّ خَمساً من الإبلِ، وفي المُوضِحَةِ خمساً من الإبل، وأنَّ الرَّجلَ يُقتَلُ بالمرأةِ، وعلى أهلِ الذَّهبِ ألفَ دينارٍ».

وفي العَقلِ إذا ذَهَبَ بالضَّربِ الدِّيَةُ، وكذا إذا ذَهَبَ سَمْعُهُ أو بَصَرُهُ أو شَمُّهُ أو ذَوقُهُ، وفي اللِّحيةِ إذا حُلِقَتْ فلم تَنبُتِ الدِّيةُ، وفي شَعرِ الرَّأسِ الدِّيةُ، ....

في الأنفِ الدِّيةُ؛ لأنَّه أزالَ الجمالَ على الكمالِ، وهو مَقصودٌ، وكذا إذا قَطَعَ المارِنَ أو الأرنبةَ لِما ذكرنا. ولو قَطَعَ المارِنَ مع القَصبةِ لا يُزادُ على ديةٍ واحدةٍ؛ لأنَّه عضوٌ واحدٌ.

وكذا اللِّسانُ لِفَواتِ مَنفعةٍ مَقصودةٍ، وهو النُّطقُ. وكذا في قَطعِ بَعضِهِ إذا مَنَعَ الكلامَ؛ لِتَفويتِ مَنفعةٍ مَقصودةٍ وإنْ كانتِ الآلةُ قائمةً. ولو قَدِرَ على التَّكلُّم ببعضِ الحروفِ؟ قيل: تُقسَمُ على عددِ الحروفِ، وقيل: على عددِ حروفٍ تتعلَّقُ باللِّسانِ، فَبِقَدْرِ ما لا يَقدِرُ تَجِبُ، وقيل: إنْ قَدَرَ على أداءِ أكثَرِها تَجِبُ حُكومةُ عَدْلٍ لِحُصولِ الإفهامِ مع الاختلالِ، وإنْ عَجَزَ عن أداءِ الأكثرِ يَجِبُ كلُّ الدِّيةِ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه لا تَحصُلُ مَنفعَةُ الكلام.

وكذا الذَّكرُ لأنَّه يَفُوتُ به مَنفعَةٌ: الوطءِ، والإيلادِ، واستمساكِ البولِ، والرَّمي به، ودَفْقِ الماءِ، والإيلاجِ الذي هو طريقُ الإعلاقِ عادةً. وكذا في الحَشَفَةِ الدِّيةُ كاملةً؛ لأنَّ الحَشَفَةَ أصلٌ في منفعةِ الإيلاجِ والدَّفقِ، والقَصبةُ كالتَّابعِ له.

قال: (وفي العَقلِ إذا ذَهَبَ بالضَّربِ الدِّيَةُ)؛ لفواتِ مَنفعةِ الإدراكِ، إذ به يَنتفِعُ بنفسِهِ في مَعاشِهِ ومَعادِهِ.

(وكذا إذا ذَهَبَ سَمْعُهُ أو بَصَرُهُ أو شَمُّهُ أو ذَوقُهُ)؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منها منفعةٌ مقصودَةٌ، وقد روي: أنَّ عمرَ رضي الله عنه قضى بأربعِ دِياتٍ في ضَربةٍ واحدةٍ ذهب بها العقلُ والكلامُ والسَّمعُ والبصرُ.

قال: (وفي اللِّحيةِ إذا حُلِقَتْ فلم تَنبُتِ الدِّيةُ)؛ لأنَّه يَفوُتُ به منفعَةُ الجمال.

قال: (وفي شَعرِ الرَّأسِ الدِّيةُ)؛ لما قلنا.

وقال مالك - وهو قولُ الشَّافعيِّ -: تجبُ فيهما حُكومةُ عَدْلٍ؛ لأنَّ ذلك زيادةٌ

وفي الشَّاربِ حُكومَةُ عَدْلٍ، هو الأصَحُّ. ولِحيَةُ الكَوْسَجِ: إنْ كان على ذَقنِهِ شَعَراتٌ مَعدُودةٌ، فلا شيءَ في حَلقِهِ، وإنْ كانَ أكثَرَ مِنْ ذلك، وكان على الخَدِّ والذَّقنِ جميعاً، لكنَّهُ غيرُ مُتَّصلٍ، فَفِيهِ حُكومَةُ عَدْلٍ، وإنْ كان مُتَّصلاً ففيهِ كمالُ الدِّيةِ،

في الآدميِّ[1]، ولهذا يُحلَقُ شعرُ الرَّأسِ كلِّهِ، واللِّحيةُ بعضُها في بعضِ البلادِ، وصار كشَعرِ الصَّدرِ والسَّاقِ، ولهذا يجبُ في شَعرِ العبدِ نُقصانُ القيمةِ.

ولنا: أنَّ اللِّحيةَ في وَقتِها جمالٌ، وفي حَلقِها تفويتُهُ على الكمالِ، فَتجِبُ الدِّيةُ كما في الأُذُنينِ الشَّاخِصَتَينِ[2]، وكذا شَعرُ الرَّأسِ جمالٌ، ألا ترى أنَّ مَنْ عَدِمَهُ خِلقةً يَتكلَّفُ في سَترِهِ، بخلافِ شَعرِ الصَّدرِ والسَّاقِ؛ لأنَّه لا يتعلَّقُ به جمالٌ.

وأمَّا لِحيةُ العبدِ، فعن أبي حنيفة أنَّه يَجِبُ فيها كمالُ القيمةِ، والتَّخريجُ على الظَّاهرِ[3] أنَّ المقصودَ بالعبدِ المَنفعَةُ بالاستعمال دونَ الجَمالِ، بخلافِ الحُرِّ.

قال: (وفي الشَّاربِ حُكومَةُ عَدْلٍ، هو الأصَحُّ)؛ لأنَّه تابعٌ لِلِّحيةِ، فصار كبعضِ أطرافِها.

(ولِحيَةُ الكَوْسَجِ: إنْ كان على ذَقنِهِ شَعَراتٌ مَعدُودةٌ، فلا شيءَ في حَلقِهِ)؛ لأنَّ وُجودَهُ يَشينُهُ ولا يُزيِّنُه، (وإنْ كانَ أكثَرَ مِنْ ذلك، وكان على الخَدِّ والذَّقنِ جميعاً، لكنَّهُ غيرُ مُتَّصلٍ، فَفِيهِ حُكومَةُ عَدْلٍ)؛ لأنَّ فيه بعضَ الجمالِ، (وإنْ كان مُتَّصلاً ففيهِ كمالُ الدِّيةِ)؛ لأنَّه ليس بِكَوسَجٍ، وفيه معنى الجمال، وهذا كلُّه إذا فَسَدَ المَنبِتُ، فإنْ نَبَتَتْ حتَّى استوى كما كان لا يَجبُ شيءٌ؛ لأنَّه لم يَبقَ أثَرُ

---

(١) مذهب المالكية: أنَّ في قَلعِ شعرِ حاجبٍ، أو هُدبٍ، الواحدُ أو المتعدد، حُكومةَ عدلٍ إن لم ينبت، فإن نبتَ وعاد لهيئتِهِ فلا شيء فيه إلَّا الأدبَ في العمد، وكذا شعر الرَّأس واللِّحية. انظر الشرح الكبير على هامش حا الدسوقي (٤/ ٢٧٧).

(٢) أي: المرتفعتين، من «شَخَصَ»، أي: ارتفع، فإنَّ فيه تَفويتَ منفعةِ الجمالِ مع بقاءِ السَّمعِ، وتجب الدِّيةُ كاملةً.

(٣) أي: ظاهر الرِّوايةِ. وهو أنَّه يجبُ نُقصانِ القيمة.

وفي الحاجِبَينِ الدِّيةُ، وفي إحداهما: نِصفُ الدِّيةِ، وفي العَينَينِ الدِّيةُ، وفي اليَدَينِ الدِّيةُ، وفي الرِّجلَينِ الدِّيةُ، وفي الشَّفَتَينِ الدِّيةُ، وفي الأُذُنَينِ الدِّيةُ، وفي الأُنثَيَيْنِ الدِّيةُ، وفي كلِّ واحدٍ من هذه الأشياءِ نِصفُ الدِّيةِ، ....

الجنايةِ، ويُؤدَّبُ على ارتكابِهِ ما لا يَحِلُّ.

وإن نَبَتَتْ بَيضاءَ؟

- فعن أبي حنيفة: أنَّه لا يجبُ شيءٌ في الحُرِّ؛ لأنَّه يَزيدُ جمالاً، وفي العبد تَجبُ حُكومةُ عَدْلٍ؛ لأنَّه يَنقُصُ قيمتُهُ.

- وعندهما: تجبُ حكومةُ عَدلٍ؛ لأنَّه في غيرِ أوانِهِ يَشينُهُ ولا يُزيِّنُهُ.

ويستوي العمد والخطأ[1] على هذا الجمهور.

(وفي الحاجِبَينِ الدِّيةُ، وفي إحداهما: نِصفُ الدِّيةِ)، وعند مالكٍ والشَّافعيِّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: تجبُ حكومةُ عَدلٍ، وقد مرَّ الكلامُ فيه في اللِّحيةِ[2].

قال: (وفي العَينَينِ الدِّيةُ، وفي اليَدَينِ الدِّيةُ، وفي الرِّجلَينِ الدِّيةُ، وفي الشَّفَتَينِ الدِّيةُ، وفي الأُذُنَينِ الدِّيةُ، وفي الأُنثَيَيْنِ الدِّيةُ)، كذا رُوي في حديث سعيد بن المُسيِّب رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ عن النَّبيِّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ[3].

قال: (وفي كلِّ واحدٍ من هذه الأشياءِ نِصفُ الدِّيةِ)، وفيما كَتَبَه النَّبيُّ ﷺ لِعَمرو بن حَزْم «وفي العَينينِ الدِّيةُ، وفي إحداهما نِصفُ الدِّيةِ»، ولأنَّ في تَفويتِ الاثنين من هذه الأشياءِ تفويتَ جنسِ المَنفعةِ، أو كمالِ الجمالِ، فيجبُ كلُّ الدِّيةِ، وفي تفويتِ إحداهما تفويتُ النِّصفِ فيجبُ نصفُ الدِّيةِ.

---

(١) يعني: في شعرِ الرَّأسِ واللِّحيةِ.

(٢) أي: عند قوله: «وفي اللِّحيةِ إذا حُلقت فلم تنبت الدِّيةُ»، حيث علَّل هناك بقوله: «لأنَّه يَفوُتُ به منفعةُ الجمال».

(٣) قال الزيلعي (٤/ ٣٧١): غريب، وتقدم في كتاب عمرو بن حزم «وفي البيضتين الدِّيةُ». انظر ص (٤٩٦) ت (٢).

وفي ثَدْيَي المرأةِ الدِّيةُ وفي إحداهما نِصفُ ديةِ المرأةِ، وفي حِلْمَتَي المرأةِ الدِّيةُ كامِلَةً وفي إحداهما نِصفُها، وفي أشفارِ العَينَينِ الدِّيةُ، وفي إحداها رُبْعُ الدِّيةِ، ولو قَطَعَ الجُفُونَ بِأهدابِها، ففيهِ دِيةٌ واحدةٌ، وفي كلِّ أُصبُعٍ من أصابِعِ اليَدَينِ والرِّجلَينِ عُشْرُ الدِّيةِ، ....

قال: (وفي ثَدْيَي المرأةِ الدِّيةُ)؛ لِما فيه من تَفويتِ جنسِ المَنفعةِ، (وفي إحداهما نِصفُ ديةِ المرأةِ)؛ لِما بيَّنَّا، بخلافِ ثَدْيَي الرَّجلِ، حيثُ تجبُ حُكومةُ عَدْلٍ؛ لأنَّه ليس فيه تَفويتُ جنسِ المَنفعةِ والجمالِ.

(وفي حِلْمَتَي المرأةِ الدِّيةُ كامِلَةً)؛ لفواتِ جنسِ مَنفعةِ الإرضاعِ وإمساكِ اللَّبَنِ، (وفي إحداهما نِصفُها) لِما بيَّنَّاه.

قال: (وفي أشفارِ العَينَينِ الدِّيةُ، وفي إحداها رُبْعُ الدِّيةِ)، قال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يَحتمِلُ أنَّ مُرادَهُ الأهدابُ مجازاً، كما ذكره محمدٌ في الأصل لِلمُجاورةِ، كالرَّاويةِ لِلقِرْبَةِ، وهي حقيقةٌ في البعير[1]، وهذا لأنَّه يفوتُ به الجَمالُ على الكمالِ وجِنسُ المَنفعةِ، وهي مَنفعةُ دَفعِ الأذى والقَذَى عن العَينِ، إذ هو يَندفِعُ بالهُدْبِ، وإذا كان الواجبُ في الكلِّ كلُّ الدِّيةِ، وهي أربعةٌ، كان في أحَدِها رُبعُ الدِّيةِ، وفي ثلاثةٍ منها ثلاثةُ أرباعِها، ويَحتمِلُ أن يكونَ مُرادُهُ مَنبِتَ الشَّعرِ، والحُكمُ فيه هكذا.

(ولو قَطَعَ الجُفُونَ بِأهدابِها، ففيهِ دِيةٌ واحدةٌ)؛ لأنَّ الكلَّ كشيءٍ واحدٍ، وصار كالمارِنِ مع القَصَبةِ.

قال: (وفي كلِّ أُصبُعٍ من أصابعِ اليَدَينِ والرِّجلَينِ عُشْرُ الدِّيةِ)؛ لقوله ﷺ: «في كلِّ أصبعٍ عَشرٌ من الإبل»[2]، ولأنَّ في قَطعِ الكلِّ تَفويتَ جنسِ المَنفعةِ،

(١) أي: الرَّاويةُ حقيقةٌ في البعير الذي يُستقى عليه، وإنَّما يُستقى عليه بالقِرَب، فسَمَّوا القِربةَ راويةً للمجاورة، كما سمَّوا المطَرَ سماءً.

(٢) أخرج ابن ماجه في الديات، باب: دية الأصابع (٢٦٥٣) عن عَمرِو ابن شعيب عن أبيه عن جدِّه أنَّ رسول الله ﷺ قال: «الأصابعُ سواءٌ كلُّهنَّ، فيهنَّ عَشرٌ عشرٌ من الإبل». =

والأصابعُ كلُّها سواءٌ، وفي كلِّ أُصبُعٍ فيها ثلاثةُ مَفاصِلَ، ففي أحَدِها ثُلُثُ دِيةِ الأُصبُعِ، وما فيها مَفصِلانِ ففي أحَدِهما نِصفُ دِيةِ الأُصبُعِ، وفي كلِّ سِنٍّ خَمسٌ مِنَ الإبلِ. ....

وفيه ديةٌ كاملةٌ، وهي عشرٌ، فَتنقسِمُ الدِّية عليها.

قال: (والأصابعُ كلُّها سواءٌ)؛ لإطلاقِ الحديثِ، ولأنَّها سواءٌ في أصل المَنفعةِ، فلا تُعتَبَرُ الزِّيادةُ فيه[1]، كاليمين مع الشِّمالِ، وكذا أصابعُ الرِّجلينِ؛ لأنَّه يَفوتُ بِقَطعِ كلِّها منفعةُ المَشي، فتجبُ الدِّيةُ كاملةً، ثمَّ فيهما عَشرُ أصابعَ، فتنقسمُ الدِّيةُ عليها أعشاراً.

قال: (وفي كلِّ أُصبُعٍ فيها ثلاثةُ مَفاصِلَ، ففي أحَدِها ثُلُثُ دِيةِ الأُصبُعِ، وما فيها مَفصِلانِ ففي أحَدِهما نِصفُ دِيةِ الأُصبُعِ)، وهو نظيرُ انقسامِ ديةِ اليدِ على الأصابع.

قال: (وفي كلِّ سِنٍّ خَمسٌ مِنَ الإبلِ)؛ لقوله ﷺ في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه: «وفي كلِّ سِنٍّ خَمسٌ من الإبلِ»[2].

والأسنانُ والأضراسُ كلُّها سواءٌ لإطلاقِ ما روينا، ولِما روي في بعض الرِّوايات: «والأسنانُ كلُّها سواءٌ»، ولأنَّ كلَّها في أصلِ المنفعةِ سواءٌ، فلا يُعتَبَرُ التَّفاضلُ، كالأيدي والأصابع، وهذا إذا كان خطأً، فإن كان عمداً ففيه القِصاصُ، وقد مرَّ في الجنايات.

= وأخرج نحوه أبو داود في الديات، باب: ديات الأعضاء (٤٥٥٦)، والنسائي في الصغرى، كتاب القسامة، باب: عقل الأصابع (٤٨٤٥) عن أبي موسى.

والترمذي في الديات، باب: ما جاء في دية الأصابع (١٣١١) عن ابن عباس. وغيرهم

(١) أي: فلا تُعتَبر زيادةُ المنفعةِ في بَعضِ الأصابع.

(٢) انظر ص (٤٩٦) ت (١).

وَمَنْ ضَرَبَ عُضْواً فَأَذهَبَ مَنفَعَتَهُ، فَفِيهِ دِيَةٌ كاملةٌ كاليد إذا شُلَّتْ، والعينِ إذا ذَهَبَ ضَوءُها. وَمَنْ ضَرَبَ صُلْبَ غَيرِهِ فانقَطَعَ ماؤُهُ تَجِبُ الدِّيةُ وكذا لو أحدَبَهُ، فَلَو زالتِ الحُدُوبةُ لا شيءَ عليه.

قال: (وَمَنْ ضَرَبَ عُضْواً فَأَذهَبَ مَنفَعَتَهُ، فَفِيهِ دِيَةٌ كاملةٌ كاليد إذا شُلَّتْ، والعينِ إذا ذَهَبَ ضَوءُها)؛ لأنَّ المُتعلَّقَ[1] تفويتُ جنسِ المَنفعةِ، لا فواتُ الصُّورة.

(وَمَنْ ضَرَبَ صُلْبَ غَيرِهِ فانقَطَعَ ماؤُهُ تَجِبُ الدِّيةُ)؛ لِتَفويتِ جنسِ المَنفعةِ، (وكذا لو أحدَبَهُ)؛ لأنَّه فوَّتَ جَمالاً على الكمالِ، وهو استواءُ القامةِ، (فَلَو زالتِ الحُدُوبةُ لا شيءَ عليه)؛ لِزَوالِها لا عن أثرٍ.

---

(١) أي: الموضعُ الذي يَتعلَّقُ به وجوبُ كلِّ الدِّية، هو تفويتُ جنسِ المَنفعةِ، لا فوات الصُّورة.

فصل في الشِّجاج

الشِّجاجُ عَشَرَةٌ: الحارِصَةُ، والدَّامِعَةُ، والدَّامِيةُ، والباضِعَةُ، والمُتلاحِمَةُ، والسِّمحاقُ، والمُوضِحَةُ، والهاشِمَةُ، والمُنقِلَةُ، والآمَّةُ. فَفِي المُوضِحَةِ القِصاصُ إنْ كانت عَمداً، ....

(فصل في الشِّجاج)

قال: (الشِّجاجُ عَشَرَةٌ):

- (الحارِصَةُ): وهي التي تَحرِصُ الجِلدَ، أي: تَخدِشُهُ ولا تُخرِجُ الدَّمَ.
- (والدَّامِعَةُ): وهي التي تُظهِرُ الدَّمَ ولا تُسِيلُهُ، كالدَّمعِ من العين.
- (والدَّاميةُ): وهي التي تُسيلُ الدَّمَ.
- (والباضِعَةُ): وهي التي تَبضَعُ الجِلدَ، أي: تَقطَعُهُ.
- (والمُتلاحِمَةُ): وهي التي تَأخُذُ في اللَّحم.
- (والسِّمحاقُ): وهي التي تَصِلُ إلى السِّمحاقِ، وهي جِلدةٌ رقيقةٌ بينَ اللَّحمِ وعَظمِ الرَّأسِ.
- (والمُوضِحَةُ): وهي التي تُوضِحُ العَظْمَ، أي: تُبيِّنُه.
- (والهاشِمَةُ): وهي التي تُهشِّمُ العَظْمَ، أي: تكسِرُهُ.
- (والمُنقِلَةُ): وهي التي تَنقُلُ العَظمَ بعدَ الكَسرِ، أي: تُحوِّلُه.
- (والآمَّةُ): وهي التي تَصِلُ إلى أمِّ الرَّأسِ، وهو الذي فيه الدِّماغُ.

قال: (فَفِي المُوضِحَةِ القِصاصُ إنْ كانت عَمداً)؛ لِما روي «أنَّه ﷺ قَضى بالقِصاص في المُوضِحَةِ»[1]؛ ولأنَّه يُمكِنُ أن يَنتهي السِّكينُ إلى العَظمِ فَيتساويانِ

(١) في نصب الرَّاية (٤/ ٣٧٤): حديث غريب، وأخرج البيهقي عن طاوس، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا طلاقَ قبلَ مِلكٍ، ولا قِصاصَ فيما دونَ المُوضِحَةِ من الجِراحات»، وهو مرسل.
وأخرج عبد الرَّزاق في مُصنَّفِه عن الحسن وعمرَ بن عبد العزيز أنَّ النَّبيَّ ﷺ لم يَقضِ فيما دونَ المُوضِحةِ بشيءٍ .اهـ

ولا قِصاصَ في بَقيَّةِ الشِّجاجِ، وفيما دونَ المُوضِحَةِ حُكومةُ عَدْلٍ، وفي المُوضِحَةِ إنْ كانت خَطأً نِصفُ عُشرِ الدِّيةِ، وفي الهاشِمَةِ عُشْرُ الدِّيةِ، وفي المُنقِلَةِ عُشْرُ الدِّيةِ ونِصفُ عُشرِ الدِّيةِ، وفي الآمَّةِ ثُلُثُ الدِّيةِ، وفي الجائفةِ ثُلُثُ الدِّيةِ، فإنْ نفَذَتْ فهما جائِفتانِ، ففيهما ثُلُثا الدِّيةِ.

فَيتحقَّقُ القِصاصُ.

قال: (ولا قِصاصَ في بَقيَّةِ الشِّجاجِ)؛ لأنَّه لا يُمكِنُ اعتبارُ المساواةِ فيها، لأنَّه لا حَدَّ ينتهي السِّكينُ إليه، ولأن فيما فوق المُوضِحَةِ كَسْرَ العظمِ ولا قِصاصَ فيه، وهذا رواية عن أبي حنيفة.

وقال محمد في الأصل وهو ظاهر الرِّواية: يجبُ القِصاصُ فيما قبلَ المُوضِحَةِ؛ لأنَّه يُمكِنُ اعتبارُ المساواةِ فيه، إذ ليس فيه كسرُ العَظمِ ولا خَوفُ هَلاكٍ غالِباً، فَيُسبَرُ غورُها بِمِسبارٍ[1]، ثمَّ تُتَّخذ حديدةٌ بِقَدْرِ ذلك، فَيُقطَعُ بها مِقدارُ ما قَطَعَ فَيتحقَّقُ استيفاءُ القِصاص.

قال: (وفيما دونَ المُوضِحَةِ[2] حُكومةُ عَدْلٍ)؛ لأنَّه ليس فيها أرشٌ مُقدَّرٌ، ولا يُمكِنُ إهدارُهُ، فوَجَبَ اعتبارُهُ بِحُكمِ العَدلِ، وهو مأثورٌ عن النَّخَعيِّ وعمرَ ابنِ عبد العزيز.

قال: (وفي المُوضِحَةِ إنْ كانت خَطأً نِصفُ عُشرِ الدِّيةِ، وفي الهاشِمَةِ عُشْرُ الدِّيةِ، وفي المُنقِلَةِ عُشْرُ الدِّيةِ ونِصفُ عُشرِ الدِّيةِ، وفي الآمَّةِ ثُلُثُ الدِّيةِ، وفي الجائفةِ[3] ثُلُثُ الدِّيةِ، فإنْ نفَذَتْ فهما جائِفتانِ، ففيهما ثُلُثا الدِّيةِ)؛ لِما روي

---

(١) المِسبارُ: ما يُسبَرُ به الجُرحُ، أي: يُقدَّرُ قَدْرُ غَورُهُ بحديدةٍ أو غيرها.

(٢) المرادُ بقوله: «فيما دون المُوضِحَة» ما قبلها، وهي السِّتُّ المذكورةُ.

(٣) في العناية: قال في الإيضاح: الجائفةُ ما اتَّصلَ إلى الجوفِ من الصَّدرِ والبطنِ والظَّهرِ والجَنْبَينِ، والاسمُ دليلٌ عليه، وما وَصَلَ من الرَّقبةِ إلى المَوضِعِ الذي إذا وَصَلَ إليه الشَّرابُ كان مُفطِراً، وما فوق ذلك فليس بجائفةٍ.

في كتاب عَمرو بن حزم رضي الله عنه أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «وفي المُوضِحَةِ خمسٌ من الإبل، وفي الهاشِمَةِ عَشرٌ، وفي المُنقِلَةِ خَمسَةَ عشَرَ، وفي الآمَّةِ»، ويُروى «في المأمومةِ ثُلُثُ الدِّيةِ»، وقال ﷺ: «في الجائفةِ ثُلُثُ الدِّيةِ»[1].

وعن أبي بكر رضي الله عنه أنَّه حَكَمَ في جائفةٍ نَفَذَتْ إلى الجانبِ الآخَرِ بِثُلُثَي الدِّيةِ[2]، ولأنَّها إذا نفَذَتْ نزلت منزلةَ جائِفَتَينِ، إحداهما من جانبِ البطنِ، والأخرى من جانبِ الظَّهرِ، وفي كلِّ جائفةٍ ثُلُثُ الدِّيةِ، فلهذا وَجَبَ في النَّافذةِ ثُلُثا الدِّيةِ.

وعن محمَّد أنَّه جعَلَ المُتلاحِمَةَ قبلَ الباضعةِ، وقال: هي التي يَتَلاحَمُ فيها الدَّمُ ويَسوَدُّ. وما ذكرناه بِدءاً مَرويٌّ عن أبي يوسف، وهذا اختلافُ عبارةٍ لا يعودُ إلى معنى وحُكمٍ.

وبعد هذا شجَّةٌ أخرى تُسمَّى الدَّامغة، وهي التي تَصِلُ إلى الدِّماغِ، وإنَّما لم يَذكُرْها لأنَّها تَقعُ قتلاً في الغالبِ، لا جنايةً مُقتصِرَةً مُفرَدَةً بِحُكمٍ على حِدَة.

ثمَّ هذه الشِّجاجُ تَختَصُّ بالوجهِ والرَّأسِ لغةً، وما كان في غيرِ الوجهِ والرَّأسِ يُسمَّى جِراحةً، والحُكمُ مُرتَّبٌ على الحقيقةِ[3] في الصَّحيحِ، حتَّى لو تحقَّقت في غيرِهما نحو السَّاقِ واليدِ لا يكونُ لها أرشٌ مُقدَّرٌ، وإنَّما تجبُ حكومةُ العدلِ لأنَّ التَّقديرَ بالتَّوقيفِ، وهو إنَّما وَرَدَ فيما يَختَصُّ بهما، ولأنَّه إنَّما وَرَدَ الحُكمُ فيها لِمَعنى الشَّينِ الذي يَلحَقُهُ بِبَقاءِ أثرِ الجِراحةِ، والشَّينُ يَختَصُّ بما يظهَرُ منها في الغالب، وهو العُضوانِ هذانِ، لا سِواهما.

= قال في النِّهاية: فعلى هذا ذِكرُ الجائفةِ هنا في مسائلِ الشِّجاجِ وَقَعَ اتِّفاقاً، وذلك لأنَّ الشِّجاجَ تَختَصُّ بالرَّأسِ والجبهةِ والوجهِ والذَّقنِ.

(١) انظر الملحق (٣).

(٢) في نصب الراية (٤/ ٣٧٥): رواه عبد الرَّزاق في مصنَّفه، عن ابن المسيِّب يقول: قضى أبو بكر في الجائفةِ تكونُ نافذةً بِثُلُثَي الدِّيةِ، وقال: هما جائفتان، قال سفيان: ولا تكون الجائفةُ إلَّا في الجوفِ.

(٣) أي: حكمُ الشِّجاجِ يَثبُتُ في الوجهِ والرَّأس على ما هو حقيقة اللُّغة.

فصل

وفي أصابعِ اليدِ نِصفُ الدِّيةِ، ....

وأمَّا اللَّحيانِ فقد قيل: ليسا من الوجهِ، وهو قولُ مالكٍ، حتَّى لو وَجَدَ فيهما ما فيه أرشٌ مُقدَّرٌ[١]، لا يجبُ المُقدَّرُ، وهذا لأنَّ الوجهَ مشتقٌّ من المُواجهةِ، ولا مُواجَهةَ للنَّاظرِ فيهما، إلَّا أنَّ عندنا هما من الوجهِ لاتِّصالِهما به من غيرِ فاصلةٍ، وقد يتحقَّقُ فيه معنى المواجهة أيضاً.

وقالوا: الجائفةُ تَختَصُّ بالجَوفِ: جوفِ الرَّأسِ أو جوفِ البطنِ.

وتفسيرُ حكومةِ العدلِ - على ما قاله الطَّحاوي -: أن يُقوَّمَ مَملُوكاً بدونِ هذا الأثَرِ ويُقوَّمَ وبهِ هذا الأثرُ، ثمَّ يُنظَرُ إلى تفاوتِ ما بينَ القيمتينِ[٢]، فإن كان نِصفَ عُشرِ القيمةِ يجبُ نصفُ عُشرِ الدِّيةِ، وإن كان رُبعَ عُشرٍ فَرُبعُ عُشرٍ.

وقال الكرخيُّ: يُنظَرُ كم مِقدارُ هذه الشَّجَّةِ من المُوضِحَةِ[٣]، فَيَجبُ بِقَدْرِ ذلك من نصفِ عُشرِ الدِّيةِ؛ لأنَّ ما لا نَصَّ فيه يُرَدُّ إلى المنصوصِ عليه.

(فصل)

قال: **(وفي أصابعِ اليدِ نِصفُ الدِّيةِ)**؛ لأنَّ في كلِّ أُصبُعٍ عُشرَ الدِّيةِ على ما روينا[٤]، فكان في الخَمسِ نِصفُ الدِّيةِ، ولأنَّ في قَطعِ الأصابعِ تَفويتَ جِنسِ مَنفعةِ البَطشِ، وهو المُوجِبُ على ما مَرَّ.

---

(١) وهو الشِّجاجُ الثَّلاثةُ المذكورة.

(٢) مثاله: إن كانت قيمتُهُ من غيرِ جراحةٍ تَبلُغُ ألفاً، ومع الجِراحةِ تَبلُغُ تِسعَمائةٍ، عُلِمَ أنَّ الجِراحةَ أوجبت نُقصانَ عُشرِ قيمتِهِ، فأوجبَتْ عُشرَ الدِّيةِ؛ لأنَّ قيمَةَ الحُرِّ دِيتُهُ. قال قاضي خان: والفتوى على هذا. عناية.

(٣) بيانه: أنَّ هذه الشَّجَّةَ لو كانت باضِعةً مَثَلاً، فإنَّه يُنظَرُ كم مِقدارُ الباضعةِ من المُوضِحَةِ، فإنْ كان مِقدارُها ثُلُثَ المُوضِحَةِ وجَبَ ثُلُثُ أرشِ المُوضِحَةِ، وإن كان رُبعَ المُوضِحَةِ يَجبُ رُبعُ أرشِ المُوضِحَةِ، وإنْ كان ثلاثةَ أرباعِ المُوضِحَةِ، يجبُ ثلاثةُ أرباعِ أرشِ المُوضِحَةِ. عناية.

(٤) يعني: في حديث عمرو بن حزم، انظر الملحق (٣).

فإنْ قَطَعَها مع الكَفِّ ففيه أيضاً نِصفُ الدِّيةِ، وإنْ قَطَعَها مع نِصفِ السَّاعدِ، فَفِي الأصابعِ والكَفِّ نِصفُ الدِّيةِ، وفي الزِّيادةِ حُكومةُ عَدْلٍ، وإنْ قَطَعَ الكَفَّ مِنَ المَفصِلِ وفيها أُصبعٌ واحدةٌ، ففيه عُشرُ الدِّيةِ، وإنْ كانَ أُصبُعَينِ فالخُمْسُ، ولا شيءَ في الكَفِّ. ....

(فإنْ قَطَعَها مع الكَفِّ ففيه أيضاً نِصفُ الدِّيةِ)؛ لقوله ﷺ: «وفي اليدين الدِّيةُ، وفي إحداهما نِصفُ الدِّيةِ»[1]، ولأنَّ الكفَّ تَبَعٌ للأصابعِ؛ لأنَّ البطشَ بها.

(وإنْ قَطَعَها مع نِصفِ السَّاعدِ، فَفِي الأصابعِ والكَفِّ نِصفُ الدِّيةِ، وفي الزِّيادةِ حُكومةُ عَدْلٍ)، وهو روايةٌ عن أبي يوسف، وعنه: أنَّ ما زاد على أصابعِ اليدِ والرِّجلِ فهو تبَعٌ للأصابعِ إلى المَنكِبِ وإلى الفَخذِ؛ لأنَّ الشَّرعَ أوجَبَ في اليدِ الواحدةِ نِصفَ الدِّيةِ، واليدُ اسمٌ لهذه الجارحةِ إلى المَنكِبِ، فلا يُزادُ على تقديرِ الشَّرعِ.

ولهما: أنَّ اليدَ آلةٌ باطشةٌ، والبَطشُ يَتعلَّقُ بالكَفِّ والأصابعِ دونَ الذِّراعِ، فلم يُجعَلِ الذِّراعُ تبعاً في حقِّ التَّضمينِ، ولأنَّه لا وَجْهَ إلى أنْ يكونَ تَبَعاً للأصابعِ؛ لأنَّ بينهما عُضواً كاملاً، ولا إلى أن يكونَ تَبَعاً لِلكَفِّ لأنَّه تابعٌ، ولا تبَعَ للتَّبعِ[2].

قال: (وإنْ قَطَعَ الكَفَّ مِنَ المَفصِلِ وفيها أُصبعٌ واحدةٌ، ففيه عُشرُ الدِّيةِ، وإنْ كانَ أُصبُعَينِ فالخُمْسُ، ولا شيءَ في الكَفِّ)، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: ينظر إلى أرشِ الكَفِّ والأصبعِ، فيكونُ عليه الأكثَرُ، ويدخلُ القليلُ في الكثيرِ، لأنَّه لا وجهَ إلى الجَمعِ بين الأرشينِ؛ لأنَّ الكلَّ شيءٌ واحدٌ، ولا [وجه][3] إلى إهدارِ أحدِهِم؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما أصلٌ من وجهٍ، فرجَّحْنا بالكَثرةِ.

---

(١) قال في نصب الراية (٤/ ٣٧١): غريب.

(٢) يعني: وإذا لم يكن تَبَعاً للأصابع ولا للكَفِّ، وجَبَ اعتبارُهُ على حِدَة، إذ لا وَجْهَ لإهدارِهِ، ولم يَرِدْ فيه من الشَّارعِ شيءٌ مُقدَّرٌ، فيجبُ فيه حكومةُ عَدلٍ. عناية.

(٣) زيادة من (ج).

ولو كان في الكَفِّ ثلاثةُ أصابعَ، يَجِبُ أَرشُ الأصابعِ، ولا شيءَ في الكَفِّ بالإجماعِ. وفي الأصبعِ الزَّائدةِ حُكومةُ عَدْلٍ، وكذلك السِّنُّ الشَّاغيةُ. وفي عَينِ الصَّبيِّ وذَكَرِهِ ولسانِهِ إذا لم تُعلَمْ صِحَّتُهُ حُكومةُ عَدلٍ، وكذا لو استَهَلَّ الصَّبيُّ.

وله: أنَّ الأصابعَ أصلٌ، والكفَّ تابعٌ حقيقةً وشرعاً، لأنَّ البَطشَ يَقومُ بها، وأوجَبَ الشَّرعُ في أُصبعٍ واحدةٍ عَشراً من الإبلِ، والتَّرجيحُ من حيثُ الذَّاتُ والحُكمُ أولى من التَّرجيحِ من حيثُ مِقدارُ الواجبِ.

(ولو كان في الكَفِّ ثلاثةُ أصابعَ، يَجِبُ أَرشُ الأصابعِ، ولا شيءَ في الكَفِّ بالإجماعِ)؛ لأنَّ الأصابعَ أصولٌ في التَّقويمِ، وللأكثرِ حكمُ الكلِّ، فاستَتْبَعتِ الكَفَّ، كما إذا كانت الأصابعُ قائمةً بأسرِها.

قال: (وفي الأصبعِ الزَّائدةِ حُكومةُ عَدْلٍ[1]) تشريفاً للآدميِّ؛ لأنَّه جزءٌ من يدِهِ، ولكن لا مَنفعَةَ فيه ولا زِينةَ، (وكذلك السِّنُّ الشَّاغيةُ[2])؛ لِما قلنا[3].

(وفي عَينِ الصَّبيِّ وذَكَرِهِ ولسانِهِ إذا لم تُعلَمْ صِحَّتُهُ حُكومةُ عَدلٍ)، وقال الشَّافعيُّ[4]: تجبُ فيه ديةٌ كاملةٌ؛ لأنَّ الغالبَ فيه الصِّحةُ، فأشبَهَ قَطْعَ المارِنِ والأذنِ.

ولنا: أنَّ المَقصودَ من هذه الأعضاءِ المَنفعةُ، فإن لم يُعلَمْ صِحَّتُها لا يجبُ الأرشُ الكاملُ بالشَّكِّ، والظَّاهرُ لا يَصلُحُ حُجَّةً للإلزام، بخلافِ المارِنِ والأذنِ الشَّاخصةِ؛ لأنَّ المَقصودَ هو الجمال، وقد فوَّته على الكمال.

(وكذا لو استَهَلَّ الصَّبيُّ)؛ لأنَّه ليس بكلامٍ، وإنَّما هو مجرَّدُ صوتٍ، ومعرفةُ

---

(١) يعني: سواءٌ قطَعَ عمداً أو خطأً، وسواءٌ كان للقاطعِ أصبُعٌ زائدةٌ أو لا. عناية.

(٢) أي: الزَّائدة. والسِّنُّ الشَّاغيةُ هي التي يُخالِفُ نَبتُها نبتَ غيرِها من الأسنان، يقال: رجلٌ أشغَى وامرأةٌ شَغواء، فإنَّها وإن كانت زائدةً فهي نُقصان معنى.

(٣) يريد قوله: «لأنه جزءٌ من يده»، فإنَّ السِّنَّ جزءٌ من فمِهِ. عناية.

(٤) انظر الحاوي في الفقه للماوردي (١٢/ ٢٦٨)، والرَّوضة (٩/ ٢٧٢) وما بعدها.

ومَنْ شَجَّ رجلاً فَذَهَبَ عقلُهُ، أو شَعْرُ رأسِهِ، دخَلَ أرشُ المُوضِحَةِ في الدِّيَةِ، وإنْ ذَهَبَ سَمْعُهُ أو بصَرُهُ أو كلامُهُ، فعَلَيهِ أرشُ الموضِحَةِ مع الدِّيَةِ. ....

الصِّحَّةِ فيه بالكلام، وفي الذَّكرِ بالحركةِ، وفي العينِ بما يُستدَلُّ به على النَّظرِ، فيكون حُكمُهُ بعدَ ذلك حكمَ البالغِ في العمدِ والخطإ.

قال: (ومَنْ شَجَّ رجلاً فَذَهَبَ عقلُهُ، أو شَعْرُ رأسِهِ، دخَلَ أرشُ المُوضِحَةِ في الدِّيَةِ)؛ لأنَّ بِفَواتِ العقلِ تَبطُلُ مَنفعَةُ جميعِ الأعضاءِ، فصار كما إذا أوضَحَهُ فماتَ، وأرشُ المُوضِحةِ يجبُ بِفَواتِ جزءٍ من الشَّعرِ، حتَّى لو نبتَ يَسقُطُ، والدِّيَةُ بِفَواتِ كلِّ الشَّعرِ، وقد تَعلَّقا بسببٍ واحدٍ[1]، فدخَلَ الجزءُ في الجملةِ كما إذا قَطَعَ أُصبُعَ رجلٍ فَشُلَّت يدُهُ.

وقال زفر: لا يدخلُ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما جنايةٌ فيما دونَ النَّفسِ، فلا يَتداخلانِ كسائرِ الجناياتِ. وجوابه ما ذكرناه[2].

قال: (وإنْ ذَهَبَ سَمْعُهُ أو بصَرُهُ أو كلامُهُ، فعَلَيهِ أرشُ الموضِحَةِ مع الدِّيَةِ)، قالوا: هذا قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف. وعن أبي يوسف: أنَّ الشَّجَّةَ تدخُلَ في ديةِ السَّمعِ والكلامِ، ولا تدخلُ في ديةِ البصرِ.

وجه الأول: أنَّ كلاً منهما جنايةٌ فيما دونَ النَّفسِ. والمَنفعَةُ مُختصَّةٌ به، فأشبَهَ الأعضاءَ المُختلِفَةَ، بخلافِ العقلِ لأنَّ مَنفعَتَهُ عائدةٌ إلى جميعِ الأعضاءِ على ما بيَّنّا.

ووجهُ الثَّاني: أنَّ السَّمعَ والكلامَ مُبطَّنٌ، فيُعتبَرُ بالعقلِ، والبصرُ ظاهرٌ فلا يُلحَقُ به.

---

(١) وهو فَواتُ الشَّعرِ، لكن سبب الموضِحةِ البعض، وسببُ الدِّيةِ الكلُّ، فدخل الجزءُ في الجملةِ.

(٢) قيل: يعني به قوله: «لأنَّ بِفَواتِ العقلِ تَبطُلُ منفعَةُ جميعِ الأعضاء». وقيل: قوله: «وقد تعلَّقا بسببٍ واحدٍ» وهو أشمَلُ من الأوَّل.

وفي الجامع الصَّغير: ومَنْ شَجَّ رجلاً مُوضِحَةً، فَذَهَبَتْ عيناهُ، فلا قِصاصَ في ذلك، وقالا: في المُوضِحةِ القِصاصِ. وإنْ قَطَعَ أُصبُعَ رَجلٍ من المَفصِلِ الأعلى، فَشُلَّ ما بقي من الأصبعِ أو اليدُ كلُّها، لا قِصاصَ عليه في شيءٍ من ذلك، وكذلك لو كَسَرَ بعضَ سِنَّ رجلٍ فاسوَدَّ ما بَقِيَ. ولو قال: اقطَعِ المَفصِلَ واترُكْ ما يَبِسَ، أو اكسِرِ القَدْرَ المَكسُورَ واترُكِ الباقي، لم يكنْ له ذلك.

قال: (وفي الجامع الصَّغير: ومَنْ شَجَّ رجلاً مُوضِحَةً، فَذَهَبَتْ عيناهُ، فلا قِصاصَ في ذلك) عند أبي حنيفة.

قالوا: وينبغي أن تجب الدِّيةُ فيهما.

(وقالا: في المُوضِحةِ القِصاصِ) قالوا: وينبغي أن تجبَ الدِّيةُ في العينين.

قال: (وإنْ قَطَعَ أُصبُعَ رَجلٍ من المَفصِلِ الأعلى، فَشُلَّ ما بقي من الأصبعِ أو اليدُ كلُّها، لا قِصاصَ عليه في شيءٍ من ذلك)، وينبغي أن تجبَ الدِّيةُ في المَفصِلِ الأعلى، وفيما بقي حُكومةُ عدلٍ.

(وكذلك لو كَسَرَ بعضَ سِنَّ رجلٍ فاسوَدَّ ما بَقِيَ)، ولم يَحكِ خلافاً، وينبغي أن تَجِبَ الدِّيةُ في السِّنِّ كلِّه.

(ولو قال: اقطَعِ المَفصِلَ واترُكْ ما يَبِسَ، أو اكسِرِ القَدْرَ المَكسُورَ واترُكِ الباقي، لم يكنْ له ذلك)؛ لأنَّ الفِعلَ في نفسِهِ ما وَقَعَ مُوجِباً للقَوَدِ، فصار كما لو شَجَّهُ مُنقِلَةً، فقال: أشُجُّهُ مُوضِحَةً وأترُكُ الزِّيادةَ.

لهما في الخِلافيَّةِ[1]: أنَّ الفِعلَ في مَحلَّين، فيكون جِنايَتَينِ مُبتدأتَينِ، فالشُّبهةُ في إحداهما لا تتعدَّى إلى الأخرى، كمَنْ رَمَى إلى رجلٍ عمداً فأصابه ونَفَذَ منه إلى غيرِهِ فقتَلَهُ، يجبُ القَوَدُ في الأوَّلِ والدِّيةُ في الثَّاني.

---

(١) أي: فيما إذا شَجَّ رجلاً مُوضِحَةً فذَهَبَتْ عيناه، قالا: يجبُ في المُوضِحَةِ القِصاصُ، وفي العينين الدِّيةُ. عناية.

وإنْ قَطَعَ أُصبُعاً فَشُلَّتْ إلى جَنبِها أُخرى، فلا قِصاصَ في شيءٍ من ذلك. ......

وله: أنَّ الجِراحةَ الأولىساريةٌ، والجزاءُ بالمِثل، وليس في وُسعِهِ السَّاري فيجبُ المالُ، ولأنَّ الفِعلَ واحدٌ حقيقةً، وهو الحركةُ القائمةُ، وكذا المَحلُّ متَّحدٌ من وجهٍ لاتِّصالِ أحدِهِما بالآخَرِ، فأورثت نهايَتُهُ شُبهةَ الخَطأ في البداية.

بخلافِ النَّفْسَينِ لأنَّ أحَدَهما ليس من سرايةِ صاحبِهِ. وبخلافِ ما إذا وَقَعَ السِّكينُ على الأصبع لأنَّه ليس فِعلاً مَقصوداً.

قال: (وإنْ قَطَعَ أُصبُعاً فَشُلَّتْ إلى جَنبِها أُخرى، فلا قِصاصَ في شيءٍ من ذلك[١]) عند أبي حنيفة. وقالا وزفر والحسن: يَقتَصُّ من الأولى، وفي الثَّانية أرشُها. والوجهُ من الجانبين[٢] قد ذكرناه[٣].

وروى ابنُ سَماعةَ عن محمَّد في المسألة الأولى - وهو ما إذا شَجَّ مُوضِحَةً فذهب بصرُهُ - أنَّه يجبُ القِصاصُ فيهما؛ لأنَّ الحاصِلَ بالسِّرايةِ مباشرةً، كما في النَّفسِ والبصرِ، يجري فيه القِصاصُ، بخلاف الخِلافيَّةِ الأخيرةِ[٤]؛ لأنَّ الشَّلَلَ لا قِصاصَ فيه، فصار الأصلُ عند محمدٍ على هذه الرِّوايةِ، أنَّ سرايةَ ما يجبُ فيه القِصاصُ إلى ما يُمكِنُ فيه القِصاصُ، يُوجِبُ الاقتصاص، كما لو آلَتْ إلى النَّفسِ[٥] وقد وَقَعَ الأوَّلُ ظلماً.

ووجهُ المشهورِ[٦]: أنَّ ذهابَ البصرِ بطريقِ التَّسبيبِ، ألا يرى أنَّ الشَّجَّةَ بقيت

---

(١) يعني: وعليه ديةُ الأصبعين.

(٢) أي: جانب أبي حنيفة وجانب مخالفيه.

(٣) أي: عند قوله: «ومن شجَّ رجلاً موضحةً فذهبت عيناه ...».

(٤) يعني: قوله: «وإن قطع أصبعاً فشُلَّت إلى جَنبِها أخرى».

(٥) فمن قَطَعَ أصبعَ رجلٍ عمداً، فسرى ومات، يجب القصاصُ.

(٦) أي: القولُ المشهورُ عن محمد.

ولو كُسِرَ بعضُ السِّنِّ فَسَقَطَتْ، فلا قِصاصَ. ولو أوضَحَهُ مُوضِحَتَينِ فتآكَلَتا، فهو على الرِّوايتينِ هاتينِ. ولو قَلَعَ سِنَّ رجلٍ، فَنَبَتَتْ مَكانَها أُخرى، سقَطَ الأرشُ في قولِ أبي حنيفة، وقالا: عليه الأرشُ كاملاً، وعن أبي يوسف: أنّه تجبُ حكومةُ عَدلٍ. ولو قَلَعَ سِنَّ غيرِهِ فَرَدَّها صاحِبُها في مكانِها ونَبَتَ عليه اللَّحمُ، فعلى القالِعِ الأرشُ بِكَمالِهِ، وكذا إذا قَطَعَ أُذُنَهُ فألصَقَها فالتَحَمَتْ. .....

مُوجِبةً في نَفسِها[١] ولا قَوَدَ في التَّسبيبِ، بخلافِ السِّرايةِ إلى النَّفسِ؛ لأنَّه لا تبقى الأولى، فانقلبتِ الثَّانيةُ مباشرة[٢].

قال: (ولو كُسِرَ بعضُ السِّنِّ فَسَقَطَتْ، فلا قِصاصَ)، إلَّا على روايةِ ابنِ سماعة، (ولو أوضَحَهُ مُوضِحَتَينِ فتآكَلَتا[٣]، فهو على الرِّوايتينِ هاتينِ).

قال: (ولو قَلَعَ سِنَّ رجلٍ، فَنَبَتَتْ مَكانَها أُخرى، سقَطَ الأرشُ في قولِ أبي حنيفة، وقالا: عليه الأرشُ كاملاً)؛ لأنَّ الجنايةَ قد تحقَّقت والحادثُ نِعمةٌ مُبتَدأَةٌ من الله تعالى.

وله: أنَّ الجنايةَ انعدَمَتْ معنىً، فصار كما إذا قلَعَ سِنَّ صبيٍّ فنبَتَتْ، لا يجبُ الأرشُ بالإجماعِ لأنَّه لم يفت عليه مَنفعَةٌ ولا زِينةٌ.

(وعن أبي يوسف: أنَّه تجبُ حكومةُ عَدلٍ)؛ لِمَكانِ الألمِ الحاصلِ.

(ولو قَلَعَ سِنَّ غيرِهِ فَرَدَّها صاحِبُها في مكانِها ونَبَتَ عليه اللَّحمُ، فعلى القالِعِ الأرشُ بِكَمالِهِ)؛ لأنَّ هذا مِمَّا لا يُعتَدُّ به إذِ العُروقُ لا تَعود.

(وكذا إذا قَطَعَ أُذُنَهُ فألصَقَها فالتَحَمَتْ)؛ لأنَّها لا تعودُ إلى ما كانت عليه.

---

(١) حتَّى وجب أرشُها مع ديةِ العَينَينِ عند أبي حنيفة، والقِصاصُ في المُوضِحَةِ والأرشُ في العَينَين عندهما. عناية.

(٢) أي: لمَّا لم تَبقَ الجنايةُ الأولى معتبرةً، انتقل الحكمُ إلى الجنايةِ الثَّانيةِ مباشرة.

(٣) أي: صارتا واحدةً بالأكل.

وَمَنْ نَزَعَ سِنَّ رجلٍ، فانتَزَعَ المَنزُوعَةُ سِنَّهُ سِنَّ النَّازِعِ، فنبَتَتْ سِنُّ الأوَّلِ، فعلى الأوَّلِ لِصاحِبِهِ خَمسُمائةِ درهمٍ. ولو ضَرَبَ إنسانٌ سِنَّ إنسانٍ فَتحرَّكَتْ يَستأني حولاً، فلو أجَّلَهُ القاضي سنَةً، ثمَّ جاء المَضروبُ وقد سَقَطَتْ سِنُّهُ، فاختَلَفا قبلَ السَّنةِ فيما سَقَطَ بِضَربِهِ، فالقَولُ لِلمَضروبِ، وإنِ اختَلَفا في ذلكَ بعدَ السَّنةِ، فالقولُ لِلضَّارِبِ، ....

(ومَنْ نَزَعَ سِنَّ رجلٍ، فانتَزَعَ المَنزُوعَةُ سِنَّهُ سِنَّ النَّازِعِ، فنبَتَتْ سِنُّ الأوَّلِ[١]، فعلى الأوَّلِ لِصاحِبِهِ خَمسُمائةِ درهمٍ)؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّه استوفى بغيرِ حقٍّ؛ لأنَّ المُوجِبَ فسادُ المَنبتِ، ولم يَفسُدْ حيثُ نَبَتَ مَكانَها أخرى، فانعدمتِ الجنايةُ، ولهذا يَستأني[٢] حولاً بالإجماع، وكان ينبغي أن يَنتظِرَ اليأسَ في ذلك للقصاص، إلَّا أنَّ في اعتبارِ ذلك تَضييعَ الحُقوقِ فاكتفينا بالحَولِ؛ لأنَّه تَنبُتُ فيه ظاهراً، فإذا مضى الحولُ ولم تَنبُتْ قَضَينا بالقِصاص، وإذا نبتَت تبيَّن أنَّا أخطأنا فيه والاستيفاءُ كان بغير حقٍّ، إلَّا أنَّه لا يجبُ القِصاصُ للشُّبهةِ، فيجب المالُ.

قال: (ولو ضَرَبَ إنسانٌ سِنَّ إنسانٍ فَتحرَّكَتْ يَستأني حولاً) لِيَظهَرَ أثرُ فِعلِهِ، (فلو أجَّلَهُ القاضي سنَةً، ثمَّ جاء المَضروبُ وقد سَقَطَتْ سِنُّهُ، فاختَلَفا قبلَ السَّنةِ فيما سَقَطَ بِضَربِهِ[٣]، فالقَولُ لِلمَضروبِ)؛ ليكونَ التَّأجيلُ مُفيداً[٤].

وهذا بخلافِ ما إذا شجَّه مُوضِحَةً فجاءَ وقد صارتْ مُنقِلَةً فاختلفا، حيثُ يكونُ القولُ قولَ الضَّاربِ؛ لأنَّ المُوضِحَةَ لا تُورِثُ المُنقِلَةَ، أمَّا التَّحريكُ فيؤثِّرُ في السُّقوطِ فافترقا.

(وإنِ اختَلَفا في ذلكَ بعدَ السَّنةِ، فالقولُ لِلضَّارِبِ)؛ لأنَّه يُنكِرُ أثَرَ فعلِهِ وقد مضى

---

(١) يعني: بغير اعوجاجٍ، وإن نبَتَ مُعوَجّاً تجبُ حُكومةُ عَدلٍ. عناية.

(٢) أي: يؤجِّل.

(٣) أي: قال المضروب: إنَّما سقط سنِّي بِضَربِكَ، وقال الضَّارب: سقط بسببٍ آخر.

(٤) يعني: أنَّ التَّأجيلَ إنَّما كان لِيَظهَرَ عاقبةُ الأمرِ، فلو لم يُقبَلْ قولُهُ كان التَّأجيلُ وعدَمُهُ سواءً.

ولو لم تَسقُطْ لا شيءَ على الضَّارِبِ، ولو لم تَسقُطْ ولكنَّها اسوَدَّتْ، يَجِبُ الأرشُ في الخَطإِ على العاقِلَةِ وفي العمدِ في مالِهِ، ولا يجبُ القِصاصُ، وكذا إذا كَسَرَ بَعْضَهُ واسوَدَّ الباقي وكذا لو احمَرَّ أو اخضَرَّ. ومَنْ شَجَّ رجلاً فالتَحَمَتْ ولم يَبْقَ لها أثَرٌ ونبَتَ الشَّعرُ سَقَطَ الأرشُ. ....

الأجلُ الذي وقَّتَه القاضي لِظُهورِ الأثرِ، فكان القولُ للمُنكِرِ.

(ولو لم تَسقُطْ لا شيءَ على الضَّارِبِ)، وعن أبي يوسف: أنَّه تجبُ حُكومةُ الألمِ، وسنبيِّنُ الوجهين[1] بعد هذا إن شاء الله تعالى.

(ولو لم تَسقُطْ ولكنَّها اسوَدَّتْ، يَجِبُ الأرشُ في الخَطإِ على العاقِلَةِ وفي العمدِ في مالِهِ، ولا يجبُ القِصاصُ)؛ لأنَّه لا يُمكِنُه أن يَضرِبَهُ ضَرباً تَسوَدُّ منه.

(وكذا إذا كَسَرَ بَعْضَهُ واسوَدَّ الباقي) لا قِصاصَ؛ لِما ذكرنا.

(وكذا لو احمَرَّ أو اخضَرَّ)، ولو اصفَرَّ فيه روايتان.

قال: (ومَنْ شَجَّ رجلاً فالتَحَمَتْ ولم يَبْقَ لها أثَرٌ ونبَتَ الشَّعرُ سَقَطَ الأرشُ) عند أبي حنيفة لِزَوالِ الشَّينِ المُوجِبِ.

وقال أبو يوسف: يجبُ عليه أرشُ الألمِ، وهو حكومةُ عَدلٍ؛ لأنَّ الشَّينَ إن زالَ فالألَمُ الحاصلُ ما زال، فيجبُ تَقويمُهُ.

وقال محمد: عليه أجرةُ الطَّبيب؛ لأنَّه إنَّما لَزِمَه أجرةُ الطَّبيبِ، وثَمَنُ الدَّواءِ بفعلِهِ، فصار كأنَّه أخذ ذلك من مالِهِ، إلَّا أنَّ أبا حنيفة يقول: إنَّ المنافعَ على أصلنا لا تتقوَّمُ إلَّا بعقدٍ[2] أو بشُبهةٍ[3]، ولم يوجد في حقِّ الجاني، فلا يَغرَمُ شيئاً.

---

(١) أي: وجهَ قولِهِ: «لا شيءَ على الضَّاربِ»، ووجهَ حكومةِ الألمِ.

(٢) كالإجارة الصَّحيحةِ والمضاربةِ الصَّحيحةِ.

(٣) كالإجارة الفاسدة، والمضاربةِ الفاسدة.

وَمَنْ ضَرَبَ رجلاً مائةَ سَوطٍ فَجَرَحَهُ، فَبَرِئَ منها، فعَلَيهِ أرشُ الضَّربِ. وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رجلٍ خَطأً، ثمَّ قتَلَهُ خَطأً قبلَ البُرءِ، فعَلَيهِ الدِّيةُ وسَقَطَ عنه أرشُ اليدِ. وَمَنْ جَرَحَ رَجلاً جِراحَةً لم يُقتَصَّ منه حتَّى يَبرأ.

قال: (وَمَنْ ضَرَبَ رجلاً مائةَ سَوطٍ فَجَرَحَهُ، فَبَرِئَ منها، فعَلَيهِ أرشُ الضَّربِ)، معناه: إذا بقي أَثَرُ الضَّربِ، فأمَّا إذا لم يَبقَ أثَرُهُ فهو على اختلافٍ قد مضى في الشَّجَّةِ المُلتَحِمَةِ[1].

قال: (وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رجلٍ خَطأً، ثمَّ قتَلَهُ خَطأً قبلَ البُرءِ، فعَلَيهِ الدِّيةُ وسَقَطَ عنه أرشُ اليدِ)؛ لأنَّ الجنايةَ من جنسٍ واحدٍ، والمُوجِبُ واحدٌ - وهو الدِّيةُ - وإنَّها بدَلُ النَّفسِ بِجَميعِ أجزائها، فدَخَلَ الطَّرَفُ في النَّفسِ كأنَّه قَتَلَه ابتداءً.

قال: (وَمَنْ جَرَحَ رَجلاً جِراحَةً لم يُقتَصَّ منه حتَّى يَبرأ)، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[2]: يُقتَصُّ منه في الحالِ اعتباراً بالقِصاصِ في النَّفسِ، وهذا لأنَّ المُوجِبَ قد تحقَّقَ فلا يُعطَّل.

ولنا: قولُهُ ﷺ: «يَستأني في الجِراحاتِ سنةً»[3]، ولأنَّ الجِراحاتِ يُعتَبَرُ فيها

---

(١) وهو سُقوطُ الأرشِ عندَ أبي حنيفة، ووُجوبُ أرشِ الألمِ عند أبي يوسف، ووجوبُ أجرةِ الطَّبيبِ عند محمد.

(٢) الذي ذهب إليه الشافعيَّةُ هو استحبابُ تأخير القصاصِ في الجروح إلى الاندمال أو تسري إلى النَّفس، وللمستحِقِّ استيفاءُ القصاصِ في الحال. وأمَّا أخذ الأرش قبل الاندمال ففيه قولان. انظر المجموع للنووي (١٨/ ٤٥٥)، وروضة الطالبين (٩/ ٢٠٩).

(٣) أخرج الدارقطني في السُّنن، في الحدود والديات (٣٢) عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «يستأني بالجِراحاتِ سنة» فيه يزيدُ بنُ عياض ضعيفٌ متروك.
ومن أحاديث الباب ما أخرجه أحمد (٢/ ٢١٧) (٧٠٣٤) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدِّه، قال: قضى رسولُ الله ﷺ في رجلٍ طعَنَ رجلاً بِقَرنٍ في رجلِهِ، فقال: يا رسول الله، أَقِدْني، فقال له رسول الله ﷺ: «لا تعجَلْ حتَّى يبرأ جُرحُكَ»، قال: فأبى الرَّجلُ إلا أن يَستقيدَ، فأقادَهُ رسولُ الله ﷺ منه، قال: فعَرِجَ المُستَقِيدُ، وبَرأ المُستقادُ منه، فأتى المُستَقِيدُ إلى رسولِ الله ﷺ، =

وكُلُّ عَمدٍ سَقَطَ القِصاصُ فيه بِشُبهةٍ فالدِّيةُ في مالِ القاتلِ، وكلُّ أرشٍ وَجَبَ بالصُّلحِ فهو في مالِ القاتلِ. وإنْ قَتَلَ الأبُ ابنَهَ عمداً فالدِّيةُ في مالِهِ في ثلاثِ سِنينَ.

مآلُها لا حالُها، لأنَّ حُكمَها في الحالِ غيرُ مَعلومٍ، فلَعلَّها تَسري إلى النَّفسِ فَيظهرُ أنَّه قَتْلٌ، وإنَّما يَستقِرُّ الأمرُ بالبُرءِ.

قال: (وكُلُّ عَمدٍ سَقَطَ القِصاصُ فيه بِشُبهةٍ فالدِّيةُ في مالِ القاتلِ، وكلُّ أرشٍ وَجَبَ بالصُّلحِ فهو في مالِ القاتلِ)؛ لقوله ﷺ: «لا تَعقِلُ العَواقِلُ عمداً»[1] الحديث، وهذا عمدٌ، غيرَ أنَّ الأوَّلَ[2] يجبُ في ثلاثِ سنين؛ لأنَّه مالٌ وجَبَ بالقتلِ ابتداءً، فأشبَهَ شِبهَ العمدِ، والثَّاني[3] يجبُ حالاً لأنَّه مالٌ وجَبَ بالعقدِ، فأشبَهَ الثَّمنَ في البيعِ.

قال: (وإنْ قَتَلَ الأبُ ابنَهَ عمداً فالدِّيةُ في مالِهِ في ثلاثِ سِنينَ)، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[4]: تجبُ حالَّةً؛ لأنَّ الأصلَ أنَّ ما يجبُ بالإتلافِ يجبُ حالاً، والتَّأجيلُ للتَّخفيفِ في الخاطئِ، وهذا عامدٌ فلا يَستحقُّهُ، ولأنَّ المالَ وَجَبَ جبراً لحقِّهِ، وحقُّهُ في نفسِهِ حالٌّ، فلا يَنجبِرُ بالمُؤجَّلِ.

= فقال له: يا رسولَ اللهِ، عَرِجتُ وبَرأ صاحبي، فقال له رسول الله ﷺ: «ألم آمُرْكَ ألا تَستقيدَ حتَّى يَبرأ جُرحُكَ؟ فَعَصَيتَني فأبعَدَكَ اللهُ، وبطَلَ جُرحُكَ» ثمَّ أمَرَ رسولُ الله ﷺ بعدَ الرَّجلِ الذي عَرَج: مَن كان به جُرحٌ أن لا يَستقيدَ، حتَّى تَبرأ جِراحتُه، فإذا بَرِئتْ جِراحَتُهُ استقاد.

(١) في نصب الراية (٤/ ٣٧٩): غريب مرفوعاً، وأخرجه البيهقيُّ عن الشَّعبيِّ عن عمر قال: «العمدُ، والعبدُ، والصُّلحُ، والاعترافُ لا تَعقلُهُ العاقِلَةُ»، قال البيهقي: وهذا مُنقطِعٌ، والمحفوظُ أنَّه من قولِ الشَّعبيِّ، ثمَّ أخرجه عن الشَّعبيِّ، قال: «لا تَعقِلُ العاقلةُ عمداً، ولا عبداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً».
ورواه أبو القاسمِ بنُ سلام في آخر كتابِهِ غريب الحديث كذلك من قول الشَّعبيِّ.

(٢) أراد به ديةَ العمدِ الذي سقط القِصاصُ فيه بشُبهةٍ.

(٣) أي: الأرشُ الواجبُ بالصُّلح.

(٤) انظر المجموع (١٩/ ١٥٠)، وروضة الطالبين (٩/ ٢٥٦).

وكُلُّ جِنايةٍ اعتَرَفَ بها الجاني فهي في مالِهِ، ولا يَصدُقُ على عاقلتِهِ. وعَمْدُ الصَّبيِّ والمَجنونِ خَطأٌ وفيه الدِّيةُ على العاقلةِ، وكذلك كلُّ جنايةٍ مُوجَبُها خَمسُمائةٍ فصاعداً، والمَعتوهُ كالمجنون.

ولنا: أنَّه مالٌ واجبٌ بالقتلِ فيكونُ مُؤجَّلاً كديةِ الخَطإِ وشِبهِ العمدِ، وهذا لأنَّ القياسَ يأبى تَقوُّمَ الآدميِّ بالمالِ لِعَدَمِ التَّماثلِ، والتَّقويمُ ثبَتَ بالشَّرعِ، وقد وَرَدَ به مؤجَّلاً لا مُعجَّلاً، فلا يُعدَلُ عنه لا سيَّما إلى زيادةٍ، ولمَّا لم يَجُزِ التَّغليظُ باعتبارِ العَمديَّةِ قَدْراً لا يجوزُ وَصْفاً.

(وكُلُّ جِنايةٍ اعتَرَفَ بها الجاني فهي في مالِهِ، ولا يَصدُقُ على عاقلتِهِ)؛ لما روينا[١]، ولأنَّ الإقرارَ لا يتعدَّى المُقرَّ لِقُصورِ ولايتِهِ عن غيرِهِ، فلا يظهرُ في حقِّ العاقلةِ.

قال: (وعَمْدُ الصَّبيِّ والمَجنونِ خَطأٌ وفيه الدِّيةُ على العاقلةِ، وكذلك كلُّ جنايةٍ مُوجَبُها خَمسُمائةٍ فصاعداً، والمَعتوهُ كالمجنون). وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ[٢]: عمدُهُ عمدٌ حتَّى تجبُ الدِّيةُ في مالِهِ حالَّةً؛ لأنَّه عمدٌ حقيقةً، إذِ العمدُ هو القَصدُ، غيرَ أنَّه تَخلَّفَ عنه أحدُ حُكمَيهِ، وهو القِصاصُ، فَينسحِبُ عليه حكمُهُ الآخَرُ، وهو الوجوبُ في مالِهِ، ولهذا تجبُ الكفَّارةُ به، ويُحرَمُ عن الميراثِ على أصلِهِ؛ لأنَّهما[٣] يَتعلَّقانِ بالقتل.

ولنا: ما روي عن عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنَّه جعَلَ عَقْلَ المَجنونِ على عاقلتِهِ، وقال: «عمدُهُ وخَطؤُهُ سواءٌ»[٤]، ولأنَّ الصَّبيَّ مَظِنَّةُ المَرحمَةِ، والعاقلُ الخاطئُ لمَّا استَحَقَّ

---

(١) أشار إلى قوله ﷺ: «لا تَعقِلُ العاقلةُ عمداً ولا اعترافا»، انظر ص (٥١٦) ت (١).

(٢) انظر المجموع للنووي (٧/ ٣١).

(٣) أي: وجوبُ الكفَّارةِ بالمالِ، والحِرمانُ من الميراثِ.

(٤) في نصب الراية: أخرج البيهقي أنَّ مجنوناً سعى على رجلٍ بسيفٍ، فَضَربَه، فرُفِعَ ذلك إلى عليٍّ، فجَعَلَ عقلَهُ على عاقلته، وقال: عمدُهُ وخطأه سواءٌ.

التَّخفيفَ حتَّى وَجبتِ الدِّيةُ على العاقلَةِ، فالصَّبيُّ - وهو أعذَرُ - أولى بهذا التَّخفيفِ.

ولا نُسلِّمُ تَحقُّقَ العَمديَّةِ، فإنَّها[1] تترتَّبُ على العِلمِ، والعِلمُ بالعَقلِ، والمَجنونُ عديمُ العَقلِ، والصَّبيُّ قاصرُ العقلِ، فأنَّى يتحقَّقُ منهما القَصدُ، وصار كالنَّائم.

وحِرمانُ الميراثِ عقوبةٌ، وهما ليسا من أهلِ العقوبةِ[2]، والكفَّارةُ كاسمِها سِتارةٌ، ولا ذنبٌ تَستُرُهُ؛ لأنَّهما مرفوعا القلمِ.

= وأخرج عن جابر الجُعفيِّ عن الحَكَم، قال: كتب عمر: «لا يَؤمَّنَّ أحدٌ بعدَ النَّبيِّ ﷺ جالساً، وعَمْدُ الصَّبيِّ وخَطأُهُ سواءٌ، فيه الكفَّارة، وأيُّما امرأة تزوَّجت عبدَها فاجلِدُوها الحَدَّ»، قال البيهقي: منقطع، وراويه جابر الجُعفيِّ، قال: وروي عن عليٍّ بإسنادٍ فيه ضعفٌ، قال: «عمدُ الصَّبيِّ والمجنونِ خطأٌ».

(١) أي: العمديَّةُ.

(٢) أي: فلا يُحرمان.

فصل في الجنين

وإذا ضَرَبَ بَطْنَ امرأةٍ، فألقَتْ جَنيناً مَيتاً، ففيهِ غُرَّةٌ، وهي نِصفُ عُشْرِ الدِّيةِ، ...

(فصل في الجنين)

قال: (وإذا ضَرَبَ بَطْنَ امرأةٍ، فألقَتْ جَنيناً مَيتاً، ففيهِ غُرَّةٌ، وهي نِصفُ عُشْرِ الدِّيةِ). قال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: معناه دِيةُ الرِّجلِ، وهذا في الذَّكَرِ، وفي الأنثى عُشرُ ديةِ المرأةِ، وكلٌّ منهما خَمسُمائةِ درهم.

والقياسُ أنْ لا يجبَ شيءٌ؛ لأنَّه لم يُتيقَّنْ بحياتِهِ، والظَّاهرُ لا يَصلُحُ حُجَّةً للاستحقاق.

وجهُ الاستحسان ما روي أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال: «في الجَنينِ غُرَّةُ عبدٍ أو أمةٍ قيمَتُهُ خَمسُمائةٍ»، ويروى «أو خَمسُمائة»[1]، فتركنا القياسَ بالأثرِ، وهو حجَّةٌ على مَنْ قَدَّرها بِستِّمائة نحوُ مالكٍ[2] والشَّافعيِّ[3].

---

(١) قال الزيلعي (٤/ ٣٨١):
الأوَّل غريب، ورواية «أو خمسمائة» أخرجها الطبراني في الكبير (١/ ١٩٣) (٥١٤) عن أبي المَليحِ الهُذليِّ عن أبيه قال: فينا رجلٌ يقالُ له حَمَلُ بنُ مالكٍ له امرأتان، إحداهما هُذليَّةٌ والأخرى عامريَّةٌ، فضربَتِ الهُذليَّةُ بطنَ العامريَّةِ بِعَمودِ خِباءٍ أو فُسطاطٍ، فألقَتْ جنيناً مَيْتاً، فانطلَقَ بالضَّاربةِ إلى نبيِّ اللهِ ﷺ ومعها أخٌ لها يقال له: عمران بن عُوَيمر، فلما قَصُّوا على رسولِ الله ﷺ القِصَّةَ قال: «دُوه»، فقال عمران: يا نبيَّ اللهِ أَنَدِي مَن لا أَكَلَ ولا شَرِبَ ولا صاحَ فاستَهَلَّ، مثلُ هذا يطل؟ فقال رسول الله ﷺ: «دَعني مِن رَجَزِ الأعرابِ، فيه غُرَّةُ عبدٍ أو أمةٍ أو خَمسمائةٍ أو فرسٍ أو عشرين ومئة شاة»، فقال: يا نبيَّ الله إنَّ لها ابنان هما سادةُ الحيِّ، وهم أحقُّ أن يَعقلُوا عن أمِّهم قال: «أنت أحقُّ أن تَعقِلَ عن أختِكَ من وَلَدِها»، قال: ما لي شيءٌ أعقِلُ فيه قال: «يا حَمَلُ بنَ مالك» وهو يومئذٍ على صدقاتِ هُذَيل، وهو زوجُ المرأتينِ، وأبو الجَنينِ المَقتولِ «اِقبِضْ من تَحتِ يدِكَ مِنْ صَدَقاتِ هُذَيلٍ عشرينَ ومئةَ شاة» فَفَعَلَ.

(٢) انظر حا الدسوقي، والشرح الكبير المطبوع على هامشه (٤/ ٢٦٨) وما بعدها.

(٣) انظر الحاوي في الفقه للماوردي (١٢/ ٣٥٦)، والروضة (٩/ ٣٧٧).

وهي على العاقلَةِ، وتَجِبُ في سنةٍ، ....

(وهي على العاقلَةِ) عندنا إذا كانت خَمسَمائةِ درهمٍ. وقال مالك: في مالِهِ لأنَّه بدَلُ الجُزءِ.

ولنا: أنَّه ﷺ قَضَى بالغُرَّةِ على العاقلة[1]، ولأنَّه بدَلُ النَّفسِ، ولهذا سمَّاه ﷺ دِيةً حيث قال: «دُوهُ»، وقالوا: «أَنَدِي مَن لا صاحَ ولا استَهَلَّ ...» الحديث[2]، إلَّا أنَّ العَواقِلَ لا تَعقِلُ ما دونَ خَمسِمائةٍ.

(وتَجِبُ في سنةٍ)، وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ: في ثلاثِ سنينٍ؛ لأنَّه بدلُ النَّفسِ، ولهذا يكونُ موروثاً بين ورثتِهِ[3].

ولنا: ما روي عن محمَّد بنِ الحَسَن رَحِمَهُ اللهُ أنَّه قال: «بلَغَنا أنَّ رسولَ الله ﷺ جَعَلَهُ على العاقلة في سنة»، ولأنَّه إن كان بدَلَ النَّفسِ من حيثُ إنَّه نَفْسٌ على حِدَةٍ، فهو بدَلُ العضوِ من حيثُ الاتِّصالُ بالأمِّ، فعَمِلنا بالشَّبهِ الأوَّلِ في حَقِّ التَّوريثِ، وبالثَّاني في حقِّ التَّأجيلِ إلى سنةٍ؛ لأنَّ بدَلَ العُضوِ إذا كان ثُلُثَ الدِّيةِ أو أقلَّ أكثَرَ[4] من نصفِ العُشرِ، يجب في سنةٍ، بخلافِ أجزاءِ الدِّيةِ؛ لأنَّ كلَّ

---

(١) أخرج ابن أبي شيبة في الديات، باب: الغرة على من هي (٢٧٢٨٩) عن جابر أنَّ النَّبيَّ ﷺ جَعَلَ في الجنينِ غُرَّةً على عاقلةِ القاتلةِ، وبرَّأ زَوْجَها ووَلَدَها.
وانظر التعليق ص (٥١٩) ت (١) عن أبي المَليحِ الهُذليِّ عن أبيه

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (١/ ١٩٣) (٥١٤) عن أبي المَليحِ الهُذليِّ عن أبيه، وتقدم في ص (٥١٩) ت (١).

(٣) أي: ولهذا يكون بدلُ النَّفسِ - الذي هو الغُرَّة - موروثاً يقسم على ورثةِ الجنينِ سوى الضَّارب.

(٤) قوله: «أكثَرَ» بالنَّصب على أنَّه بدل من «أقل». وفي العناية: هو الصَّحيحُ من النُّسخِ، وفي بعضها «أو أكثر»، وفي بعضها «وأكثر»، قال الشَّارحون: وكلاهما غيرُ صحيحٍ؛ لأنَّ المرادَ أن يكونَ الأقلُّ من ثُلُثِ الدِّيةِ أكثَرَ من نصفِ العُشر، وهو إنَّما يكونُ إذا كان «أكثر» صفةً لأَقَلَّ أو بدلاً منه، ولعلَّ العطفَ بالواو يفيدُ ذلك أيضاً.
وفي بعض الشُّروحِ أن تقييدَهُ بالأكثر ليس بمفيد، لأنَّه لو كان نصفَ العشرِ كان الحكم كذلك.

ويَستوي فيه الذَّكرُ والأنثى، فإنْ ألقَتْهُ حيّاً ثمَّ ماتَ، فَفِيهِ دِيةٌ كاملةٌ، وإنْ ألقَتْهُ مَيْتاً ثمَّ ماتَتِ الأمُّ، فعَلَيهِ دِيةٌ بِقَتلِ الأمِّ وغُرَّةٌ بإلقائِها، وإنْ ماتَتِ الأمُّ مِنَ الضَّربةِ، ثمَّ خَرَجَ الجَنينُ بعدَ ذلك حيّاً، ثمَّ ماتَ، فعَلَيهِ دِيةٌ في الأمِّ ودِيةٌ في الجَنينِ، ...

جزءٍ منها على مَنْ وَجَبَ يجبُ في ثلاثِ سنين[1].

(ويَستوي فيه[2] الذَّكرُ والأنثى)؛ لإطلاق ما روينا[3]، ولأنَّ في الحَيَّين[4] إنَّما ظهَرَ التَّفاوتُ لِتَفاوتِ معاني الآدميَّةِ، ولا تَفاوُتَ في الجَنينِ، فَيُقدَّرُ بِمِقدارٍ واحدٍ، وهو خمسمائة.

(فإنْ ألقَتْهُ حيّاً ثمَّ ماتَ، فَفِيهِ دِيةٌ كاملةٌ)؛ لأنَّه أتلَفَ حيّاً بالضَّربِ السَّابق.

(وإنْ ألقَتْهُ مَيْتاً ثمَّ ماتَتِ الأمُّ، فعَلَيهِ دِيةٌ بِقَتلِ الأمِّ وغُرَّةٌ بإلقائِها)، وقد صحَّ أنَّه ﷺ قَضَى في هذا بالدِّيةِ والغُرَّةِ[5].

(وإنْ ماتَتِ الأمُّ مِنَ الضَّربةِ، ثمَّ خَرَجَ الجَنينُ بعدَ ذلك حيّاً، ثمَّ ماتَ، فعَلَيهِ دِيةٌ في الأمِّ ودِيةٌ في الجَنينِ)؛ لأنَّه قاتلٌ شَخصَينِ.

---

(١) صورته: أن يشترِكَ عشرون رجلاً في قَتلِ رجلٍ خطأً، فإنَّه يجبُ على كلِّ واحدٍ منهم نِصفُ عُشرِ الدِّيةِ في ثلاث سنين، على ما يجيء في المعاقل. عناية.

(٢) أي: في وُجوبِ قَدْرِ الغُرَّةِ بأنَّه عبدٌ أو أمةٌ قيمتُهُ خمسمائة درهم. عناية.

(٣) أراد ما أخرجه الطبراني في الكبير (١/ ١٩٣) (٥١٤) عن أبي المَليحِ الهُذليِّ عن أبيه، وتقدَّم في ص (٥١٩) ت (١).

(٤) تثنيةُ «الحَي»، والمراد الولَدَانِ الذَّكرُ والأنثى

(٥) أخرج الطبراني في الكبير (١٧/ ١٤١) (٣٥٢) عن عَمروِ بنِ تميم بنِ عُوَيم عن أبيه عن جدِّه قال: كانت أختي مُلَيكةُ وامرأةٌ مِنَّا يقال لها: أمُّ عفيف بنتُ مَسروح، تحت حمل بنِ النَّابغةِ، فضَرَبَت أمُّ عفيفٍ مُلَيكَة بِمسطَحِ بيتِها، وهي حاملٌ، فقَتَلَتْها وما في بَطنِها، فقضى رسولُ الله ﷺ فيها بالدِّية، وفي جنينها بغُرَّةٍ عبدٍ أو وليدةٍ، فقال أخوها العلاءُ بنُ مسروح: يا رسولَ اللهِ أنَغرَمُ مَنْ لا أكَلَ ولا شَرِبَ ولا نَظَرَ ولا استَهَلّ، فَمِثلُ هذا يُطَلّ، فقال رسول الله ﷺ: «أسَجْعٌ كسَجْعِ الجاهليَّةِ؟».

وإنْ ماتَتْ ثمَّ ألقتْ مَيتاً، فَعَلَيهِ دِيةٌ في الأمِّ ولا شيءَ في الجَنينِ، وما يَجِبُ في الجَنينِ مَورُوثٌ عنه، ولا يَرِثُهُ الضَّاربُ، حتَّى لو ضَرَبَ بَطْنَ امرأتِهِ فألقَتْ ابنَهُ مَيْتاً، فعَلَى عاقلةِ الأبِ غُرَّةٌ ولا يَرِثُ منها. وفي جَنينِ الأمةِ إذا كان ذَكَراً نِصفُ عُشرِ قِيمَتِهِ لو كان حيَّاً، وعُشرُ قِيمَتِهِ لو كان أنثى، ....

(وإنْ ماتَتْ ثمَّ ألقتْ مَيتاً، فَعَلَيهِ دِيةٌ في الأمِّ ولا شيءَ في الجَنينِ)، وقال الشَّافعيُّ[1]: تجبُ الغُرَّةُ في الجَنينِ؛ لأنَّ الظَّاهرَ موتُهُ بالضَّربِ، فصار كما إذا ألقَتْهُ مَيْتاً وهي حيَّةٌ.

ولنا: أنَّ موتَ الأمِّ أحدُ سَبَبي مَوتِهِ؛ لأنَّه يَختنِقُ بِموتِها إذْ تَنفُّسُه بِتنفُّسِها، فلا يجبُ الضَّمانُ بالشَّكِّ.

قال: (وما يَجِبُ في الجَنينِ مَورُوثٌ عنه)؛ لأنَّه بدلُ نَفسِهِ، فيَرِثُهُ وَرَثَتُهُ (ولا يَرِثُهُ الضَّاربُ، حتَّى لو ضَرَبَ بَطْنَ امرأتِهِ فألقَتْ ابنَهُ مَيْتاً، فعَلَى عاقلةِ الأبِ غُرَّةٌ ولا يَرِثُ منها)؛ لأنَّه قاتلٌ بغيرِ حقٍّ مباشرةً، ولا ميراثَ للقاتل.

قال: (وفي جَنينِ الأمةِ إذا كان ذَكَراً نِصفُ عُشرِ قِيمَتِهِ لو كان حيَّاً، وعُشرُ قِيمَتِهِ لو كان أنثى)، وقال الشَّافعيُّ[2]: فيه عُشرُ قيمةِ الأمِّ؛ لأنَّه جزءٌ من وَجهٍ، وضَمانُ الأجزاءِ يُؤخَذُ مِقدارُها من الأصل.

ولنا: أنَّه بدَلُ نَفْسِهِ؛ لأنَّ ضمانَ الطَّرَفِ لا يجبُ إلَّا عندَ ظُهورِ النُّقصانِ، ولا مُعتَبَرَ في ضمانِ الجَنينِ، فكان بدَلَ نَفْسِهِ فيُقدَّرُ بها.

---

(١) ويضاف إلى ما ذكره الشَّيخ عند الشافعية: أنَّ الجنين إذا انفصل وهو حيٌّ، ثمَّ مات وتبيَّن انَّ موته بسبب الجناية، وجب فيه ديةٌ كاملةٌ؛ لِتيقُّن حياتِهِ. انظر الرَّوضة (٩/٣٦٦) وما بعدها، والوسيط (٦/٣١٨).

(٢) انظر الحاوي في الفقه (١٢/٣٩٦)، والروضة (٩/٣٧٢).

فإنْ ضُرِبَتْ فأعتَقَ المَولَى ما في بَطنِها ثمَّ ألقَتْهُ حيّاً، ثمَّ مات، فَفِيهِ قِيمَتُهُ حيّاً، ولا تَجِبُ الدِّيةُ وإنْ ماتَ بعدَ العِتْقِ. ولا كفَّارةَ في الجَنينِ، ....

وقال أبو يوسف: يجبُ ضمانُ النُّقصانِ لوِ انتَقَصَتِ الأمُّ، اعتباراً بجنينِ البهائمِ، وهذا لأنَّ الضَّمانَ في قَتلِ الرَّقيقِ ضَمانُ مالٍ عندَهُ، على ما نَذكُرُ إن شاء اللهُ تعالى، فصَحَّ الاعتبارُ[1] على أصلِهِ.

قال: (فإنْ ضُرِبَتْ فأعتَقَ المَولَى ما في بَطنِها ثمَّ ألقَتْهُ حيّاً، ثمَّ مات، فَفِيهِ قِيمَتُهُ حيّاً، ولا تَجِبُ الدِّيةُ وإنْ ماتَ بعدَ العِتْقِ)؛ لأنَّه قتَلَهُ بالضَّربِ السَّابقِ، وقد كان في حالَةِ الرِّقِّ، فلهذا تجبُ القيمةُ دونَ الدِّيةِ، وتجبُ قِيمَتُهُ حيّاً؛ لأنَّه بالضَّربِ صارَ قاتلاً إيَّاهُ وهو حيٌّ، فنَظَرْنا إلى حالَتَي السَّببِ والتَّلَفِ.

وقيل: هذا عندهما، وعند محمَّد تَجِبُ قِيمَتُهُ ما بينَ كونِهِ مَضروباً إلى كونِهِ غيرَ مَضروبٍ؛ لأنَّ الإعتاقَ قاطعٌ لِلسِّرايةِ على ما يأتيك بعدُ إن شاء الله تعالى.

قال: (ولا كفَّارةَ في الجَنينِ)، وعند الشَّافعيِّ تجبُ؛ لأنَّه نَفْسٌ من وَجهٍ، فتجبُ الكفَّارةُ احتياطاً.

ولنا: أنَّ الكفَّارةَ فيها معنى العقوبةِ، وقد عُرِفَتْ في النُّفوسِ المُطلَقَةِ[2]، فلا تتعداها، ولهذا لم يَجِبْ كلُّ البدل.

قالوا: إلَّا أنْ يشاءَ ذلك[3]؛ لأنَّه ارتكب مَحظوراً، فإذا تقرَّبَ إلى اللهِ تعالى كان أفضَلَ له، ويستغفِرُ ممَّا صنَعَ.

(١) أي: صحَّ اعتبارُه بجنين البهائم على أصل أبي يوسف.
(٢) أي: الكاملة، فلا يتعدَّاها إلى غير الكاملة، وهو الجنين.
(٣) أي: إلَّا أن يختار الضَّاربُ إعطاءَ الكفَّارة.

والجَنينُ الذي قد استَبانَ بعضُ خَلقِهِ بِمَنزلَةِ الجَنينِ التَّامِّ في جَميعِ هذه الأحكامِ.

(والجَنينُ الذي قد استَبانَ بعضُ خَلقِهِ بِمَنزلَةِ الجَنينِ التَّامِّ في جَميعِ هذه الأحكامِ)؛ لإطلاقِ ما روينا[1]، ولأنَّه وَلَدٌ في حقِّ أموميَّةِ الوَلَدِ، وانقضاءِ العِدَّةِ، والنِّفاسِ، وغيرِ ذلك، فكذا في حقِّ هذا الحكمِ، ولأنَّ بهذا القَدرِ يتميَّزُ من العَلَقَةِ والدَّمِ، فكان نَفساً، والله أعلم.

(١) وهو أنَّه ﷺ قضى في الجنينِ بالغرَّةِ، ولم يُفصِّل.

باب ما يُحدِثُ الرَّجل في الطَّريق

ومَنْ أخرَجَ إلى الطَّريقِ الأعظمِ كنيفاً، أو مِيزاباً، أو جُرْصُناً، أو بَنَى دُكَّاناً، فَلِرَجلٍ مِنْ عُرْضِ النَّاسِ أنْ يَنزِعَهُ، ويَسَعُ لِلَّذي عَمِلَهُ أنْ يَنتفِعَ به ما لم يَضُرَّ بالمسلمين.

(باب ما يُحدِثُ الرَّجل في الطَّريق)

قال: (ومَنْ أخرَجَ إلى الطَّريقِ الأعظمِ كنيفاً[1]، أو مِيزاباً، أو جُرْصُناً[2]، أو بَنَى دُكَّاناً[3]، فَلِرَجلٍ مِنْ عُرْضِ النَّاسِ[4] أنْ يَنزِعَهُ)؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ صاحبُ حقٍّ بالمرورِ بنفسِهِ وبدوابِّهِ، فكان له حقُّ النَّقضِ، كما في المِلكِ المُشترَكِ، فإنَّ لكلِّ واحدٍ حقَّ النَّقضِ لو أحدَثَ غيرُهُم فيه شيئاً، فكذا في الحقِّ المُشترَك.

قال: (ويَسَعُ لِلَّذي عَمِلَهُ أنْ يَنتفِعَ به ما لم يَضُرَّ بالمسلمين)؛ لأنَّ له حقَّ المرورِ ولا ضَرَرَ فيه، فَليُلْحَقْ ما في معناه به، إذِ المانعُ مُتعنِّتٌ، فإذا أضَرَّ بالمسلمين كُرِه له ذلك؛ لقوله ﷺ: «لا ضَرَرَ ولا ضِرارَ في الإسلام»[5].

---

(١) هو بيت الخَلاء.

(٢) و«الجُرصُن» جِذعٌ يُخرِجُهُ الإنسانُ من الحائطِ إلى الطَّريقِ لِيَبنيَ عليه. وفسَّره الفقيهُ أبو الليث بالبُرجِ الذي يكونُ في الحائط، وقال فخر الإسلام: اختُلِفَ فيه فقال بعضهم: هو البُرج، وقال بعضهم: هو مَجرى ماءٍ مُركَّبٌ في الحائطِ ناتئ. وهو فارسيٌّ معرَّب؛ إذ ليس في العربية كلامٌ على هذا التركيب، أعني: الجيم والرَّاء والصَّاد، بل مُهمَلٌ في كلامهم .اهـ أتقاني

(٣) «الدُّكان» هو الموضع المُرتفِعُ، مثلُ المَصطَبةِ. رد المحتار عن العيني

(٤) أي: عامَّتهم.

(٥) أخرج ابن ماجه في الأحكام، باب: من بنى في حقِّه ما يضُرُّ بجاره (٢٣٤٠) عن عبادة بن الصامت، وفي (٢٣٤١) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار».
وأخرجه الحاكم (٢/ ٦٦) (٢٣٤٥) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا ضرَرَ ولا ضِرار، مَنْ ضارَّ ضارَّهُ اللهُ، ومن شاقَّ شاقَّ اللهُ عليه»، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم و لم يخرجاه

وليس لأحَدٍ مِنْ أهلِ الدَّربِ الذي ليس بنافِذٍ أنْ يُشْرِعَ كنيفاً أو مِيزاباً إلَّا بإذنِهِم. وإذا أشْرَعَ في الطَّريقِ رَوْشَناً أو مِيزاباً أو نحوَهُ، فسَقَطَ على إنسانٍ فَعَطِبَ، فالدِّيةُ على عاقلَتِهِ، وكذا إذا تَعَثَّرَ بِنَقضِهِ إنسانٌ، أو عَطِبَتْ بهِ دابَّةٌ، وإنْ عَثَرَ بذلك رَجُلٌ فوَقَعَ على آخرَ فماتا، فالضَّمانُ على الذي أحدَثَهُ فيهما، ....

قال: (وليس لأحَدٍ مِنْ أهلِ الدَّربِ الذي ليس بنافِذٍ أنْ يُشْرِعَ كنيفاً أو مِيزاباً إلَّا بإذنِهِم)؛ لأنَّها مملوكةٌ لهم، ولهذا وَجَبَتِ الشُّفعةُ لهم على كلِّ حالٍ، فلا يَجوزُ التَّصرُّفُ أضَرَّ بهم أو لم يَضُرَّ، إلَّا بإذنِهِم.

وفي الطَّريقِ النَّافذِ له التَّصرُّفُ إلَّا إذا أضَرَّ؛ لأنَّه يَتعذَّرُ الوُصولُ إلى إذنِ الكُلِّ، فجُعِلَ في حقِّ كلِّ واحدٍ كأنَّه هو المالكُ وَحْدَهُ حُكماً؛ كي لا يَتعطَّلَ عليه طريقُ الانتفاعِ، ولا كذلكَ غيرُ النَّافذِ؛ لأنَّ الوصولَ إلى إرضائِهِم مُمكِنٌ، فَبَقِيَ على الشَّركةِ حقيقةً وحُكماً.

قال: (وإذا أشْرَعَ في الطَّريقِ رَوْشَناً[1] أو مِيزاباً أو نحوَهُ، فسَقَطَ على إنسانٍ فَعَطِبَ، فالدِّيةُ على عاقلَتِهِ)؛ لأنَّه سببٌ لتلَفِهِ، مُتعدٍّ بِشَغلِهِ هواءَ الطَّريقِ، وهذا من أسباب الضَّمانِ، وهو الأصل[2]، وكذلك إذا سَقَطَ شيءٌ مِمَّا ذكرنا في أوَّل الباب.

(وكذا إذا تَعَثَّرَ بِنَقضِهِ إنسانٌ، أو عَطِبَتْ بهِ دابَّةٌ، وإنْ عَثَرَ بذلك رَجُلٌ فوَقَعَ على آخرَ فماتا، فالضَّمانُ على الذي أحدَثَهُ فيهما)؛ لأنَّه يصيرُ كالدَّافعِ إيَّاه عليه.

= والحديث مرويٌّ عن أبي هريرة، وأبي لُبابة، وثَعلَبَة بنِ مالك، وجابر بن عبد الله، وعائشة ﵃ أجمعين وعنَّا بهم.

(١) «الرَّوشن» هو المَمرُّ على العلو، وقيل: هو مثل الرَّف، وقيل: هو أن يَضَعَ الخشبةَ على جداري السَّطحين ليتمكَّنَ من المرور. بناية.

(٢) أي: التَّعدي أصلٌ في باب الضَّمان. بناية.

وإنْ سَقَطَ المِيزابُ نُظِرَ: فإن أصابَ ما كان منه في الحائِطِ رَجلاً فَقَتَلَهُ، فلا ضَمان عليه، وإنْ أصابَهُ ما كان خارِجاً من الحائِطِ، فالضَّمانُ على الذي وَضَعَهُ فيه. ولو أصابَهُ الطَّرفانِ جميعاً، وعُلِمَ ذلك، وَجَبَ نِصفُ الدِّيةِ وهُدِرَ النِّصفُ، كما إذا جَرَحَهُ سَبُعٌ وإنسانٌ، ولو لم يُعلَمْ أيُّ طَرَفٍ أصابَهُ يَضْمَنُ النِّصفَ. ولو أشْرَعَ جَناحاً إلى الطَّريقِ، ثمَّ باعَ الدَّارَ، فأصابَ الجَناحُ رجلاً فَقَتَلَهُ، أو وَضَعَ خَشَبَةً في الطَّريقِ ثمَّ باع الخَشَبَةَ وبَرِئَ إليه منها، فَتَرَكَها المُشتري حتَّى عَطِبَ بها إنسانٌ، فالضَّمانُ على البائعِ. ولو وَضَعَ في الطَّريقِ جَمْراً، فأحرَقَ شيئاً، يَضْمَنُهُ

(وإنْ سَقَطَ المِيزابُ نُظِرَ):

- (فإن أصابَ ما كان منه في الحائِطِ رَجلاً فَقَتَلَهُ، فلا ضَمان عليه)؛ لأنَّه غيرُ مُتعدٍّ فيه؛ لِما أنَّه وَضَعَهُ في مِلكِهِ.

- (وإنْ أصابَهُ ما كان خارِجاً من الحائِطِ، فالضَّمانُ على الذي وَضَعَهُ فيه)؛ لكونِهِ متعدِّياً فيه، ولا ضرورةَ؛ لأنَّه يُمكِنُهُ أن يُركِبَهُ في الحائِطِ، ولا كفَّارَة عليه، ولا يُحرَمُ من الميراثِ؛ لأنَّه ليس بقاتلٍ حقيقةً.

- (ولو أصابَهُ الطَّرفانِ جميعاً، وعُلِمَ ذلك، وَجَبَ نِصفُ الدِّيةِ وهُدِرَ النِّصفُ، كما إذا جَرَحَهُ سَبُعٌ وإنسانٌ).

- (ولو لم يُعلَمْ أيُّ طَرَفٍ أصابَهُ يَضْمَنُ النِّصفَ) اعتباراً للأحوال[1].

(ولو أشْرَعَ جَناحاً إلى الطَّريقِ، ثمَّ باعَ الدَّارَ، فأصابَ الجَناحُ رجلاً فَقَتَلَهُ، أو وَضَعَ خَشَبَةً في الطَّريقِ ثمَّ باع الخَشَبَةَ وبَرِئَ إليه منها، فَتَرَكَها المُشتري حتَّى عَطِبَ بها إنسانٌ، فالضَّمانُ على البائعِ)؛ لأنَّ فِعلَهُ - وهو الوضعُ - لم يَنفسِخْ بِزَوالِ مِلكِهِ، وهو المُوجِبُ.

(ولو وَضَعَ في الطَّريقِ جَمْراً، فأحرَقَ شيئاً، يَضْمَنُهُ)؛ لأنَّه مُتعدٍّ فيه، ....

---

(١) يعني: يُعلَمُ بيقينٍ أنَّه قتيلُ الجِراحةِ، ولا يُعلَمُ أنَّه بأيِّ الطَّرفينِ كان، فإن كان للطَّرفِ الدَّاخلِ فلا ضَمانَ، وإن كان بالخارجِ فعَلَيهِ الضَّمانُ، فَيُجعَلُ كأنَّه حَصَلَ بالطَّرفين. عناية.

ولو حرَّكَتْهُ الرِّيحُ إلى مَوضِعٍ آخَرَ، ثمَّ أحرَقَ شيئاً، لا يَضْمَنُهُ. ولوِ استأجَرَ ربُّ الدَّارِ الفَعَلَةَ لإخراجِ الجَناحِ أو الظُّلَّةِ، فَوَقَعَ، فَقَتَلَ إنساناً قبلَ أنْ يَفرَغُوا من العَمَلِ، فالضَّمانُ عليهم، وما لم يَفرَغُوا لم يكنِ العَمَلُ مُسلَّماً إلى ربِّ الدَّارِ، وإن سَقَطَ بعدَ فراغِهِم فالضَّمانُ على ربِّ الدَّارِ. وكذا إذا صَبَّ الماءَ في الطَّريقِ فَعَطِبَ به إنسانٌ أو دابَّةٌ، وكذا إذا رَشَّ الماءَ أو توضَّأ، بِخِلافِ ما إذا فَعَلَ ذلك في سِكَّةٍ غيرِ نافذةٍ وهو من أهلِها، أو قَعَدَ أو وَضَعَ مَتاعَهُ، ....

(ولو حرَّكَتْهُ الرِّيحُ إلى مَوضِعٍ آخَرَ، ثمَّ أحرَقَ شيئاً، لا يَضْمَنُهُ) لِنَسخِ الرِّيحِ فِعلَهُ، وقيل: إذا كان اليومُ ريحاً يَضمَنُهُ؛ لأنَّه فَعَلَهُ مع عِلمِهِ بِعاقبتِهِ، وقد أفضى إليها، فَجُعِلَ كمباشرته.

(ولوِ استأجَرَ ربُّ الدَّارِ الفَعَلَةَ لإخراجِ الجَناحِ أو الظُّلَّةِ، فَوَقَعَ، فَقَتَلَ إنساناً قبلَ أنْ يَفرَغُوا من العَمَلِ، فالضَّمانُ عليهم)؛ لأنَّ التَّلفَ بِفعلِهِم، (وما لم يَفرَغُوا لم يكنِ العَمَلُ مُسلَّماً إلى ربِّ الدَّارِ)، وهذا لأنَّه انقلَبَ فِعلُهُم قتلاً، حتَّى وَجَبَت عليهمُ الكفَّارةُ، والقتلُ غيرُ داخلٍ في عَقدِهِ، فلم يَنتقِل[1] فِعلُهُم إليه، فاقتَصَرَ عليهم.

(وإنْ سَقَطَ بعدَ فَراغِهِم فالضَّمانُ على ربِّ الدَّارِ استحساناً)؛ لأنَّه صحَّ الاستئجارُ، حتَّى استَحقُّوا الأجرَ، ووَقَعَ فِعلُهُم عِمارةً وإصلاحاً، فانتَقَلَ فِعلُهُم إليه، فكأنَّه فَعَلَ بنفسِهِ، فلهذا يَضمَنُهُ.

(وكذا إذا صَبَّ الماءَ في الطَّريقِ فَعَطِبَ به إنسانٌ أو دابَّةٌ، وكذا إذا رَشَّ الماءَ أو توضَّأ)؛ لأنَّه متعدٍّ فيه بإلحاقِ الضَّررِ بالمارَّةِ، (بِخِلافِ ما إذا فَعَلَ ذلك[2] في سِكَّةٍ غيرِ نافذةٍ وهو من أهلِها، أو قَعَدَ أو وَضَعَ مَتاعَهُ)؛ لأنَّ لكلِّ واحدٍ أن يَفعَلَ ذلك فيها؛ لكونِهِ من ضروراتِ السُّكنى، كما في الدَّارِ المُشتَرَكَةِ.

(١) في المطبوع «فلم يتسلَّم»، والمثبت من (ج)، وهو أقرب للصَّواب، والله أعلم.
(٢) أي: الصَّبَّ والرَّشَّ فإنَّه لا يضمنُ.

ولو تعمَّدَ المُرُورَ في مَوضِعِ صَبِّ الماءِ، فَسَقَطَ، لا يَضمَنُ الرَّاشُّ. ولو رَشَّ فِناءَ حانوتٍ بإذنِ صاحِبِهِ، فَضَمانُ ما عَطِبَ على الآمِرِ استحساناً. وإذا استأجَرَ أجيراً لِيَبنيَ له في فِناءِ حانُوتِهِ، فَتَعَقَّلَ به إنسانٌ بعدَ فراغِهِ، فماتَ، يجبُ الضَّمانُ على الآمِرِ استحساناً، ولو كان أمَرَهُ بالبناءِ في وَسَطِ الطَّريقِ فالضَّمانُ على الأجيرِ. ومَنْ حَفَرَ بِئراً في طريقِ المسلمينَ، أو وَضَعَ حَجَراً، فَتَلِفَ بذلكَ إنسانٌ، فَدِيَتُهُ على عاقلَتِهِ، وإن تَلِفَتْ به بَهيمةٌ فَضَمانُها في مالِهِ. ....

قالوا: هذا إذا رَشَّ ماءً كثيراً، بحيثُ يُزلَقُ به عادةً، أمَّا إذا رَشَّ ماءً قليلاً كما هو المُعتادُ، والظَّاهرُ أنَّه لا يُزلَقُ به عادةً، لا يَضمَنُ.

(ولو تَعمَّدَ المُرُورَ في مَوضِعِ صَبِّ الماءِ، فَسَقَطَ، لا يَضمَنُ الرَّاشُّ)؛ لأنَّه صاحبُ عِلَّةٍ.

وقيل: هذا إذا رَشَّ بعضَ الطَّريقِ؛ لأنَّه يَجِدُ مَوضِعاً لِلمُرورِ لا أثَرَ للماءِ فيه، فإذا تعمَّدَ المُرورَ على مَوضِعِ صَبِّ الماءِ، مع عِلمِهِ بذلك، لم يكنْ على الرَّاشِّ شيءٌ.

وإن رَشَّ جميعَ الطَّريقِ يَضمَنُ؛ لأنَّه مُضطَّرٌّ في المُرورِ، وكذلك الحكمُ في الخَشبةِ الموضوعةِ في الطَّريقِ في أخذِها جَمِيعَهُ أو بعضَهُ.

(ولو رَشَّ فِناءَ حانوتٍ بإذنِ صاحِبِهِ، فَضَمانُ ما عَطِبَ على الآمِرِ استحساناً).

(وإذا استأجَرَ أجيراً لِيَبنيَ له في فِناءِ حانُوتِهِ، فَتَعَقَّلَ به إنسانٌ بعدَ فراغِهِ، فماتَ، يجبُ الضَّمانُ على الآمِرِ استحساناً، ولو كان أمَرَهُ بالبناءِ في وَسَطِ الطَّريقِ فالضَّمانُ على الأجيرِ)؛ لفسادِ الأمرِ.

قال: (ومَنْ حَفَرَ بِئراً في طريقِ المسلمينَ، أو وَضَعَ حَجَراً، فَتَلِفَ بذلكَ إنسانٌ، فَدِيَتُهُ على عاقلَتِهِ، وإن تَلِفَتْ به بَهيمةٌ فَضَمانُها في مالِهِ)؛ لأنَّه مُتعدٍّ فيه، فَيَضمَنُ ما يَتولَّدُ منه، غيرَ أنَّ العاقِلَةَ تَتحمَّلُ النَّفْسَ دونَ المالِ، فكان ضَمانُ البهيمةِ في مالِهِ.

ولو وَضَعَ حَجَراً فَنحَّاهُ غيرُهُ عن مَوضِعِهِ، فَعَطِبَ به إنسانٌ، فالضَّمانُ على الذي نَحَّاهُ. وفي الجامع الصَّغيرِ: في البالُوعةِ يَحفِرُها الرَّجلُ في الطَّريقِ: فإنْ أمرَهُ السُّلطانُ بذلكَ، أو أجبَرَهُ عليه، لم يَضْمَنْ، وإنْ كان بِغَيرِ أمرِهِ فهو مُتعَدٍّ. وكذا إنْ حَفَرَهُ في مِلكِهِ لا يَضْمَنُ، وكذا إذا حَفَرَهُ في فِناءِ دارِهِ. ....

وإلقاءُ التُّرابِ، واتِّخاذُ الطِّينِ في الطَّريقِ، بِمَنزلةِ إلقاءِ الحَجَرِ والخَشبةِ؛ لِما ذكرنا[1].

بخلافِ ما إذا كَنَسَ الطَّريقَ، فَعَطِبَ بِمَوضِعِ كَنْسِهِ إنسانٌ، حيثُ لم يَضمَنْ؛ لأنَّه ليس بِمُتعدٍّ، فإنَّه ما أحدَثَ شيئاً فيه، إنَّما قصَدَ دَفْعَ الأذى عن الطَّريقِ، حتَّى لو جَمَعَ الكناسةَ في الطَّريقِ، وتَعقَّلَ بها إنسانٌ، كان ضامناً لِتَعدِّيهِ بِشَغلِهِ.

(ولو وَضَعَ حَجَراً فَنحَّاهُ غيرُهُ عن مَوضِعِهِ، فَعَطِبَ به إنسانٌ، فالضَّمانُ على الذي نَحَّاهُ)؛ لأنَّ حُكمَ فعلِهِ قد انفَسَخَ لِفَراغِ ما شَغَلَهُ، وإنَّما اشتَغَلَ بالفِعلِ الثاني مَوضعٌ آخرُ.

(وفي الجامع الصَّغيرِ: في البالُوعةِ يَحفِرُها الرَّجلُ في الطَّريقِ):

- (فإنْ أمرَهُ السُّلطانُ بذلكَ، أو أجبَرَهُ عليه، لم يَضْمَنْ)؛ لأنَّه غيرُ مُتعَدٍّ، حيثُ فعَلَ ما فَعَلَ بأمرِ مَنْ له الولايةُ في حقوقِ العامَّةِ.

- (وإنْ كان بِغَيرِ أمرِهِ فهو مُتعَدٍّ)، إمَّا بالتَّصرُّفِ في حقِّ غيرِهِ، أو بالافتياتِ على رأيِ الإمامِ، أو هو مباحٌ مقيَّدٌ بِشَرطِ السَّلامةِ.

وكذا الجوابُ على هذا التَّفصيلِ في جميعِ ما فَعَلَ في طريقِ العامَّةِ مِمَّا ذكرناه وغيرِهِ[2]؛ لأنَّ المعنى لا يختلف.

(وكذا إنْ حَفَرَهُ في مِلكِهِ لا يَضْمَنُ)؛ لأنَّه غيرُ مُتعدٍّ، (وكذا إذا حَفَرَهُ في فِناءِ دارِهِ)؛ لأنَّ له ذلك لِمَصلحةِ دارِهِ، والفِناءُ في تَصرُّفِهِ.

---

(١) أي: لأنَّه متعدٍّ فيه.

(٢) يعني: ممَّا لم يذكره في الكتاب، كبناءِ الظُّلَّةِ وغَرسِ الشَّجرِ ورَمْيِ الثَّلجِ والجُلوسِ للبيع. عناية.

ولو حَفَرَ في الطَّريقِ وماتَ الواقعُ فيه جُوعاً أو غَمّاً، لا ضَمانَ على الحافِرِ. وإنِ استأجَرَ أُجَراءَ فَحَفَرُوها له في غيرِ فِنائِهِ، فذلكَ على المُستأجِرِ، ولا شيءَ على الأجراءِ إنْ لم يَعلَمُوا أنَّها في غيرِ فِنائِهِ، ....

وقيل: هذا إذا كان الفِناءُ مَملُوكاً له، أو كان له حَقُّ الحَفرِ فيه؛ لأنَّه غيرُ متعدٍّ، أمَّا إذا كان لجماعةِ المسلمين، أو مُشتَرَكاً، بأن كان في سِكَّةٍ غيرِ نافذةٍ، فإنَّه يَضْمَنُهُ؛ لأنَّه مُسبِّبٌ مُتعدٍّ، وهذا صحيحٌ.

(ولو حَفَرَ في الطَّريقِ وماتَ الواقعُ فيه جُوعاً أو غَمّاً، لا ضَمانَ على الحافِرِ) عند أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنَّه مات لمعنى في نفسِهِ، فلا يُضافُ إلى الحَفرِ، والضَّمانُ إنَّما يجبُ إذا ماتَ من الوُقوعِ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن مات جوعاً فكذلك، وإن مات غمّاً فالحافرُ ضامنٌ له؛ لأنَّه لا سببَ للغَمِّ سوى الوُقوعِ، أمَّا الجوعُ فلا يَختَصُّ بالبئر.

وقال محمد: هو ضامنٌ في الوجوهِ كلِّها، لأنَّه إنَّما حدَثَ بسببِ الوُقوعِ، إذ لولاه لكان الطَّعامُ قريباً منه.

قال: (وإنِ استأجَرَ أُجَراءَ فَحَفَرُوها له في غيرِ فِنائِهِ، فذلكَ على المُستأجِرِ، ولا شيءَ على الأجراءِ إنْ لم يَعلَمُوا أنَّها في غيرِ فِنائِهِ)؛ لأنَّ الإجارةَ صحَّتْ ظاهراً إذا لم يعلموا، فَنُقِلَ فِعلُهُم إليه؛ لأنَّهم كانوا مَغرُورِين، فصار كما إذا أمَرَ آخَرَ بِذَبحِ هذه الشَّاةِ فَذَبَحها، ثمَّ ظهَرَ أنَّ الشَّاةَ لِغَيرِهِ، إلَّا أنَّ هناك[1] يَضمَنُ المأمورُ ويَرجِعُ على الآمِرِ؛ لأنَّ الذَّابحَ مباشِرٌ والآمِرُ مُسبِّبٌ، والتَّرجيحُ للمباشَرَةِ، فَيَضمَنُ المأمورُ ويَرجِعُ المَغرورُ، وهنا يجبُ الضَّمانُ على المُستأجِرِ ابتداءً؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مسبِّبٌ، والأجيرُ غيرُ مُتعدٍّ، والمستأجِرُ متعدٍّ، فَيُرَجَّحُ جانبُهُ.

---

(١) أي: في الأمر بذبح الشَّاة.

وإنْ عَلِمُوا ذلك فالضَّمانُ على الأُجَراءِ، وإنْ قال لهم: «هذا فِنائي، وليس لي فيه حَقُّ الحَفرِ» فَحَفَرُوا، وماتَ فيه إنسانٌ، فالضَّمانُ على الأجراءِ قياساً، وفي الاستحسانِ الضَّمانُ على المُستأجِرِ. ومَنْ جَعَلَ قنطَرَةً بِغَيرِ إذنِ الإمامِ، فَتَعَمَّدَ رجلٌ المُرُورَ عليها فَعَطِبَ، فلا ضَمانَ على الذي عَمِلَ القَنطَرَةَ، وكذلك إذا وَضَعَ خَشَبَةً في الطَّريقِ فَتعَمَّدَ رجلٌ المُرُورَ عليها. ....

(وإنْ عَلِمُوا ذلك فالضَّمانُ على الأُجَراءِ)؛ لأنَّه لم يصحَّ أمرُهُ بما ليس بِمَملوكٍ له، ولا غُرورَ فَبَقِيَ الفِعلُ مُضافاً إليهم.

(وإنْ قال لهم: «هذا فِنائي، وليس لي فيه حَقُّ الحَفرِ» فَحَفَرُوا، وماتَ فيه إنسانٌ، فالضَّمانُ على الأجراءِ قياساً)؛ لأنَّهم عَلِمُوا بفسادِ الأمرِ، فما غرَّهم، (وفي الاستحسانِ الضَّمانُ على المُستأجِرِ)؛ لأنَّ كونَهُ فِناءً له بمنزلةِ كونِهِ مَملُوكاً له؛ لانطلاقِ يدِهِ في التَّصرُّفِ فيه، من إلقاءِ الطِّينِ والحَطَبِ وربطِ الدَّابَّةِ والرُّكوبِ وبناءِ الدُّكانِ، فكان الأمرُ بالحَفرِ في مِلكِهِ ظاهراً بالنَّظرِ إلى ما ذكرنا، فكفى ذلك لِنَقلِ الفِعلِ إليه.

قال: (ومَنْ جَعَلَ قَنطَرَةً بِغَيرِ إذنِ الإمامِ، فَتَعَمَّدَ رجلٌ المُرُورَ عليها، فَعَطِبَ، فلا ضَمانَ على الذي عَمِلَ القَنطَرَةَ، وكذلك إذا وَضَعَ خَشَبَةً في الطَّريقِ فَتعَمَّدَ رجلٌ المُرُورَ عليها)؛ لأنَّ الأوَّلَ[1] تعَدٍّ هو تَسبِيبٌ، والثَّاني[2] تعدٍّ هو مُباشَرَةٌ، فكانتِ الإضافةُ إلى المُباشِرِ أولى، ولأنَّ تَخلُّلَ فعلِ فاعلٍ مُختارٍ يَقطَعُ النِّسبةَ[3]، كما في الحافر مع المُلقِي[4].

---

(١) يعني: جَعْلُ القنطرةِ.

(٢) يعني: وضعُ الخشبةِ.

(٣) أي: نسبة الحكمِ إلى السَّبب.

(٤) أي: كما في حافرِ البئرِ على قارعةِ الطَّريقِ مع الذي ألقاهُ في البئرِ، حيثُ يُضافُ الضَّمانُ إلى الدَّافعِ، لا إلى الحافر. بناية.

ومَنْ حَمَلَ شيئاً في الطَّريقِ فَسَقَطَ على إنسانٍ فَعَطِبَ به إنسانٌ، فهو ضامنٌ، وكذا إذا سَقَطَ فَتَعَثَّرَ به إنسانٌ، وإنْ كان رِداءً قد لَبِسَهُ فَسَقَطَ عنه، فَعَطِبَ به إنسانٌ، لم يَضْمَنْ. وإذا كان المسجدُ لِلعَشيرةِ، فعَلَّقَ رجلٌ منهم فيه قِنديلاً، أو جعَلَ فيه بَواري أو حصاةً فَعَطِبَ به رجلٌ لم يَضمَنْ، وإنْ كان الذي فَعَلَ ذلك من غيرِ العَشيرةِ ضَمِنَ. ......

قال: (ومَنْ حَمَلَ شيئاً في الطَّريقِ فَسَقَطَ على إنسانٍ فَعَطِبَ به إنسانٌ، فهو ضامنٌ، وكذا إذا سَقَطَ[1] فَتَعَثَّرَ به إنسانٌ، وإنْ كان رِداءً قد لَبِسَهُ فَسَقَطَ عنه، فَعَطِبَ به إنسانٌ، لم يَضْمَنْ).

وهذا اللَّفظُ[2] يَشمَلُ الوَجهينِ[3]، والفَرقُ[4] أنَّ حاملَ الشَّيءِ قاصدٌ حِفظَهُ، فلا حَرَجَ في التَّقييدِ بِوَصفِ السَّلامةِ، واللابِسُ لا يَقصِدُ حِفظَ ما يَلبَسُهُ، فَيَخرُجُ بالتَّقييدِ بِما ذكرنا، فجَعَلناه مُباحاً مُطلَقاً.

وعن محمد: أنَّه إذا لَبِسَ ما لا يَلبَسُهُ عادةً[5]، فهو كالحامِلِ؛ لأنَّ الحاجةَ لا تَدعُو إلى لُبسِهِ.

قال: (وإذا كان المسجدُ لِلعَشيرةِ[6]، فعَلَّقَ رجلٌ منهم فيه قِنديلاً، أو جعَلَ فيه بَواري[7] أو حصاةً فَعَطِبَ به رجلٌ لم يَضمَنْ، وإنْ كان الذي فَعَلَ ذلك من غيرِ العَشيرةِ ضَمِنَ)، قالوا: هذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَضمَنُ في الوجهين

---

(١) أي: سقطَ من الحاملِ شيءٌ.

(٢) يعني: قوله: «فعَطِبَ به فهو ضامنٌ».

(٣) وهما تَلَفُ الإنسانِ بوقوعِ الشَّيءِ المَحمولِ عليه، وتلَفُهُ بالتَّعثُّرِ به بعدما وَقَعَ في الطَّريق. عناية.

(٤) أي: بين الشَّيء المحمولِ حيثُ يجب الضَّمانُ فيما إذا هلك إنسان، وبين الثَّوبِ الملبوسِ حيث لا يجب الضَّمانُ فيه وإن هلَكَ إنسانٌ بوقوعِهِ عليه. بناية.

(٥) يعني: مِثلُ اللِّبدِ والجُوالِقِ ودُرُوعِ الحربِ في غيرِ مَوضِعِ الحَربِ، وكذا إذا لَبِسَ زيادةً على ما يَحتاجُ إليه، على رواية ابن سماعة عن محمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لعَدَمِ عُمومِ البلوى به. عناية.

(٦) يعني: أهل المسجد. عناية.

(٧) أي: حُصُر.

وإنْ جَلَسَ فيه رَجلٌ منهم فَعَطِبَ به رَجلٌ، لم يَضْمَنْ إنْ كان في الصَّلاةِ، وإنْ كان في غيرِ الصَّلاةِ ضَمِنَ. ....

جميعاً؛ لأنَّ هذه من القُرَبِ، وكلُّ أحدٍ مأذونٌ في إقامَتِها، فلا يتقيَّدُ بشرطِ السَّلامةِ، كما إذا فعَلَهُ بإذنِ واحدٍ من أهل المَسجدِ[١].

ولأبي حنيفة - وهو الفرق -: أنَّ التَّدبيرَ فيما يَتعلَّقُ بالمَسجدِ لأهلِهِ دونَ غيرِهِم، كَنَصبِ الإمامِ واختيارِ المُتولِّي وفَتحِ بابِهِ وإغلاقِهِ وتكرارِ الجَماعةِ إذا سبقَهُم بها غيرُ أهلِهِ[٢]، فكان فِعلُهُم مباحاً مُطلَقاً غيرَ مقيَّدٍ بِشَرطِ السَّلامةِ، وفِعلُ غيرِهِم تعدِّياً أو مباحاً مقيَّداً بِشَرطِ السَّلامةِ.

وقَصدُ القُربةِ[٣] لا يُنافي الغَرامةَ إذا أخطأ الطَّريقَ، كما إذا تفرَّدَ بالشَّهادةِ على الزِّنا[٤]، والطَّريقُ فيما نحن فيه الاستئذانُ من أهلِهِ.

قال: (وإنْ جَلَسَ فيه رَجلٌ منهم فَعَطِبَ به رَجلٌ، لم يَضْمَنْ إنْ كان في الصَّلاةِ، وإنْ كان في غيرِ الصَّلاةِ ضَمِنَ)، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا يَضمَنُ على كلِّ حالٍ.

ولو كان جالساً لقراءةِ القرآنِ، أو للتَّعليم، أو للصَّلاةِ، أو نامَ فيه في أثناءَ الصَّلاةِ، أو نامَ في غيرِ الصَّلاةِ، أو مَرَّ فيه مارٌّ، أو قَعَدَ فيه لحديثٍ، فهو على هذا الاختلافِ، وأمَّا المُعتكِفُ فقد قيل: على هذا الاختلافِ، وقيل: لا يَضمَنُ بالاتِّفاق.

---

(١) أي: فلا يَضمَنُ.

(٢) أي: فلهم تكرارُ الجماعةِ، بخلافِ ما إذا سَبَقُوا بها، فإنَّه ليس لغيرهم أن يُكرِّرَ الجماعةَ. عناية.

(٣) جوابٌ عن قولهما: «لأنَّ هذه من القُرَب».

(٤) فإنَّه قصَدَ القُربةَ لكن أخطأ الطَّريقَ، فإنَّ شَرْطَها أن يكونَ الشُّهودُ أربعةً مِمَّن تُسمَعُ شهادَتُهُ، فإذا انقَضتِ انقلَبَتْ قَذْفاً واستوجَبَ الحَدَّ. عناية.

وإنْ جَلَسَ رجلٌ من غَيرِ العَشيرةِ فيه لِلصَّلاةِ، فتعَقَّلَ به إنسانٌ، ينبغي أن لا يَضْمَنَ.

لهما: أنَّ المسجدَ إنَّما بُني للصَّلاةِ والذِّكرِ، ولا يُمكِنُهُ أداءُ الصَّلاةِ بالجماعةِ إلَّا بانتظارها، فكان الجلوسُ فيه مباحاً؛ لأنَّه من ضَروراتِ الصَّلاة، أو لأنَّ المُنتظِرَ للصَّلاةِ في الصَّلاةِ حُكماً بالحديث، فلا يَضمَنُ كما إذا كان في الصَّلاةِ.

وله: أنَّ المسجدَ إنَّما بُني للصَّلاة، وهذه الأشياءُ مُلحَقَةٌ بها، فلا بدَّ من إظهارِ التَّفاوتِ، فَجَعلْنا الجلوسَ للأصلِ[1] مباحاً مُطلَقاً، والجلوسَ لِما يُلحَقُ به مباحاً مقيَّداً بِشَرطِ السَّلامةِ، ولا غَرْوَ أن يكونَ الفعلُ مُباحاً أو مندوباً إليه، وهو مقيَّدٌ بشرطِ السَّلامةِ، كالرَّمي إلى الكافر، أو إلى الصَّيدِ، والمَشي في الطَّريقِ، والمَشي في المسجدِ إذا وَطِئ غيرَهُ، والنَّومِ فيه إذا انقَلَبَ على غيرِهِ.

(وإنْ جَلَسَ رجلٌ من غَيرِ العَشيرةِ فيه لِلصَّلاةِ، فتعَقَّلَ[2] به إنسانٌ، ينبغي أن لا يَضْمَنَ)؛ لأنَّ المسجدَ بُني للصَّلاة، وأمرُ الصَّلاةِ بالجماعة إنْ كان مُفوَّضاً إلى أهلِ المَسجدِ، فلكلِّ واحدٍ من المسلمينَ أن يُصلِّي فيه وحدَهُ.

---

(١) الذي هو الصَّلاة.

(٢) أي: نَشَبَ به وتعلَّق. بناية.

فصل في الحائِطِ المائل

وإذا مالَ الحائطُ إلى طَريقِ المُسلمينَ، فَطُولِبَ صاحِبُهُ بِنَقضِهِ وأُشهِدَ عليه، فلم يَنقُضْهُ في مدَّةٍ يَقدِرُ على نَقضِهِ حتَّى سَقَطَ، ضَمِنَ ما تَلِفَ به مِنْ نَفْسٍ أو مالٍ.

(فصل في الحائطِ المائل)

قال: (وإذا مالَ الحائطُ إلى طَريقِ المُسلمينَ، فَطُولِبَ صاحِبُهُ بِنَقضِهِ وأُشهِدَ عليه، فلم يَنقُضْهُ في مدَّةٍ يَقدِرُ على نَقضِهِ حتَّى سَقَطَ، ضَمِنَ ما تَلِفَ به مِنْ نَفْسٍ أو مالٍ)، والقياسُ أن لا يَضمَنَ؛ لأنَّه لا صُنْعَ منه مُباشرَةً، والمُباشَرَةُ شَرْطٌ هو مُتعدٍّ فيه؛ لأنَّ أصلَ البناءِ كان في مِلكِهِ، والمَيَلانُ وشَغْلُ الهواءِ ليس من فِعلِهِ، فصار كما قبلَ الإشهادِ.

وجهُ الاستحسان: أنَّ الحائطَ لمَّا مالَ إلى الطَّريقِ فقد اشتَغَلَ هواءُ طريقِ المُسلمينَ بِمِلكِهِ، ورَفْعُهُ في يدِهِ، فإذا تُقُدِّم إليه وطُولِبَ بِتَفريغِهِ يجبُ عليه، فإذا امتَنَعَ صارَ مُتعدِّياً بِمنزلةِ ما لو وَقَعَ ثوبُ إنسانٍ في حِجْرِهِ، يصيرُ مُتعدِّياً بالامتناع عن التَّسليمِ إذا طُولِبَ به، كذا هذا.

بخلافِ ما قبلَ الإشهادِ؛ لأنَّه بمنزلةِ هَلاكِ الثَّوبِ قبلَ الطَّلبِ، ولأنَّا لو لم نُوجِبْ عليه الضَّمانَ يَمتنِعُ عن التَّفريغِ، فَينقطِعُ المارَّةُ حَذَراً على أنفسِهِم، فَيَتضرَّرونَ به، ودَفعُ الضَّررِ العامِّ من الواجبِ، وله تَعلُّقٌ بالحائطِ، فَيَتعيَّنُ لِدَفعِ هذا الضَّررِ، وكم من ضررٍ خاصٍّ يُتحمَّلُ لِدَفعِ العامِّ منه[1].

ثمَّ فيما تَلِفَ به من النُّفوسِ تجبُ الدِّيةُ وتَتحمَّلُها العاقلةُ؛ لأنَّه في كونِهِ جنايةً دونَ الخطأ، فَيستحِقُّ فيه التَّخفيفَ بالطَّريقِ الأولى، كي لا يُؤدِّي إلى استئصالِهِ والإجحافِ به.

وما تَلِفَ به من الأموالِ كالدَّوابِّ والعُرُوضِ، يجبُ ضَمانُها في مالِهِ؛ لأنَّ العواقلَ لا تَعقِلُ المالَ.

---

(١) كالرَّمي إلى الكفَّار وإن تَترَّسُوا بالمسلمين، وقَطعِ العُضوِ لِلأَكَلَةِ عند خَوفِ هلاكِ النَّفس. عناية.

ولو بَنَى الحائطَ مائلاً في الابتداءِ، قالوا: يَضْمَنُ ما تَلِفَ بِسُقوطِهِ مِنْ غيرِ إشهادٍ. وتُقبَلُ شهادةُ رجلينِ، أو رَجلٍ وامرأتينِ على التَّقدُّمِ.

والشَّرطُ[١] التَّقدُّمُ إليه[٢] وطَلَبُ النَّقضِ منه دونَ الإشهادِ، وإنَّما ذَكَرَ الإشهادَ لِيَتمَكَّنَ من إثباتِهِ عندَ إنكارِهِ، فكان من بابِ الاحتياط.

وصورةُ الإشهادِ أن يقولَ الرَّجلُ: «إشهدُوا أنِّي قد تَقدَّمتُ إلى هذا الرَّجلِ في هَدْمِ حائِطِهِ هذا»، ولا يصحُّ الإشهادُ قبلَ أن يَهِيَ الحائطُ لانعدامِ التَّعدِّي.

قال: (ولو بَنَى الحائطَ مائلاً في الابتداءِ، قالوا: يَضْمَنُ ما تَلِفَ بِسُقوطِهِ مِنْ غيرِ إشهادٍ)؛ لأنَّ البناءَ تَعدٍّ ابتداءً، كما في إشراعِ الجَناح.

قال: (وتُقبَلُ شهادةُ رجلينِ، أو رَجلٍ وامرأتينِ على التَّقدُّمِ)؛ لأنَّ هذه ليست بشهادةٍ على القتل[٣].

وشَرَطَ[٤] التَّركَ في مُدَّةٍ يَقدِرُ على نَقضِهِ فيها؛ لأنَّه لا بدَّ من إمكانِ النَّقضِ لِيَصيرَ بِتَركِهِ جانياً.

ويَستوي أن يُطالِبَهُ بِنَقضِهِ مُسلِمٌ أو ذِمِّيٌّ؛ لأنَّ النَّاس كلَّهم شُركاءُ في المُرورِ، فيصحُّ التَّقدُّمُ إليه من كلِّ واحدٍ منهم، رجلاً كان أو امرأةً، حرّاً كان أو مكاتباً.

ويصحُّ التَّقدُّمُ إليه عندَ السُّلطانِ وغيرِهِ؛ لأنَّه مُطالبَةٌ بالتَّفريغِ، فَيَتفرَّدُ كلُّ صاحبِ حقٍّ به.

---

(١) أي: شرطُ الضَّمان.

(٢) وهو أن يقولَ صاحبُ الحَقِّ لصاحبِ الحائطِ: إنَّ حائِطَكَ هذا مَخُوفٌ، أو يقول: مائلٌ فانقُضْهُ، أو اهْدُمْهُ حتَّى لا يسقطَ ولا يُتلِفَ شيئاً. عناية.

(٣) يعني: لو كانت شهادةً على نفسِ القتلِ، لم تُقبلْ شهادةُ النِّساءِ لشُبهةِ البدليَّةِ، بل هي شهادةٌ على ميلان الحائطِ، فتُقبلُ شهادةُ رجلٍ وامرأتين. بناية.

(٤) أي: القدوريُّ.

وإنْ مالَ إلى دارِ رجلٍ، فالمُطالَبَةُ إلى مالِكِ الدَّارِ خاصَّةً. ....

قال: (وإنْ مالَ إلى دارِ رجلٍ، فالمُطالَبَةُ إلى مالِكِ الدَّارِ خاصَّةً)؛ لأنَّ الحقَّ له على الخُصوصِ، وإن كان فيها سُكَّانٌ لهم أن يُطالِبُوه؛ لأنَّ لهم المُطالبَةَ بإزالةِ ما شَغَلَ الدَّارَ، فكذا بإزالةِ ما شَغَلَ هواءَها.

ولو أجَّله صاحبُ الدَّارِ، أو أبرأه منها، أو فَعَلَ ذلك ساكِنُوها فذلك جائزٌ، ولا ضمانَ عليه فيما تَلِفَ بالحائطِ؛ لأنَّ الحقَّ لهم.

بخلافِ ما إذا مالَ إلى الطَّريقِ فأجَّلَه القاضي، أو مَنْ أشهَدَ عليه، حيثُ لا يصحُّ؛ لأنَّ الحقَّ لجماعةِ المسلمين، وليس إليهما إبطالُ حَقِّهم.

ولو باعَ الدَّارَ بعدما أُشهِدَ عليه وقبَضَها المشتري، بَرِئَ مِنْ ضَمانِهِ؛ لأنَّ الجِنايةَ بِتَركِ الهَدْمِ مع تَمكُّنِهِ، وقد زال تَمكُّنُه بالبيع.

بخلاف إشراعِ الجَناحِ؛ لأنَّه كان جانياً بالوَضعِ، ولم يَنفسِخْ بالبيعِ، فلا يَبرأُ على ما ذكرنا.

ولا ضمانَ على المُشتري لأنَّه لم يُشهَدْ عليه، ولو أُشهِدَ عليه بعدَ شرائِهِ فهو ضامِنٌ لِتَركِهِ التَّفريغَ مع تَمكُّنِهِ بعدما طُولِبَ به.

والأصلُ: أنَّه يصحُّ التَّقدُّمُ إلى كلِّ مَنْ يَتمكَّنُ مِنْ نَقضِ الحائطِ وتَفريغِ الهواءِ، ومَنْ لا يَتمكَّنُ منه لا يَصحُّ التَّقدُّمُ إليه، كالمُرتَهِنِ والمُستأجِرِ والمُودَعِ وساكِنِ الدَّارِ.

ويصحُّ التَّقدُّمُ:

- إلى الرَّاهنِ لِقُدرتِهِ على ذلك[1] بواسطةِ الفكاك[2].

- وإلى الوَصيِّ، وإلى أبِ اليتيمِ[3] أو أمِّهِ في حائطِ الصَّبيِّ لقيامِ الولايةِ. وذَكَرَ الأمَّ في الزِّياداتِ والضَّمانَ في مالِ اليتيم؛ لأنَّ فِعلَ هؤلاءِ كفِعلِهِ.

---

(١) أي: نقضِ الجدار.

(٢) أي: فكاك الرَّهن.

(٣) أي: جدُّه؛ لأنَّ اليتيمَ لا أب له، والجدُّ يسمَّى أباً.

ولو سَقَطَ الحائطُ المائلُ على إنسانٍ بعد الإشهادِ، فقتَلَهُ، فتَعَثَّرَ بالقتيلِ غيرُهُ فَعَطِبَ، لا يَضمَنُهُ، وإنْ عَطِبَ بالنِّقضِ ضَمِنَهُ، ولو عَطِبَ بِجَرَّةٍ كانت على الحائط، فَسَقَطَتْ بِسُقُوطِهِ وهي مِلكُهُ ضَمِنَهُ، وإن كان مِلكَ غيرِهِ لا يَضمَنُهُ.

- وإلى المُكاتَبِ؛ لأنَّ الولايةَ له.

- وإلى العبدِ التَّاجرِ، سواءٌ كان عليه دينٌ أو لم يكن؛ لأنَّ وِلايةَ النَّقضِ له. ثمَّ التَّالفُ بالسُّقوطِ: إن كان مالاً فهو في عُنقِ العبد[1]، وإن كان نفساً فهو على عاقلةِ المَولَى؛ لأنَّ الإشهادَ من وجهٍ على المولى[2]، وضمانُ المالِ أليَقُ بالعبدِ، وضمانُ النَّفسِ بالمَولَى.

- ويصحُّ التَّقدُّمُ إلى أحدِ الورثةِ في نَصيبِهِ وإن كان لا يَتمكَّنُ من نَقضِ الحائطِ وَحْدَهُ؛ لِتمكُّنِهِ من إصلاحِ نَصيبِهِ بطريقِهِ، وهو المُرافعةُ إلى القاضي.

(ولو سَقَطَ الحائطُ المائلُ على إنسانٍ بعد الإشهادِ، فقتَلَهُ، فتَعَثَّرَ بالقتيلِ غيرُهُ فَعَطِبَ، لا يَضمَنُهُ[3])؛ لأنَّ التَّفريغَ عنه[4] إلى الأولياءِ لا إليه، (وإنْ عَطِبَ بالنِّقضِ ضَمِنَهُ)؛ لأنَّ التَّفريغَ إليه؛ إذِ النِّقضُ مِلكُهُ، والإشهادُ على الحائطِ إشهادٌ على النِّقضِ؛ لأنَّ المقصودَ امتناعُ الشَّغلِ.

(ولو عَطِبَ بِجَرَّةٍ كانت على الحائط، فَسَقَطَتْ بِسُقُوطِهِ[5] وهي مِلكُهُ، ضَمِنَهُ)؛ لأنَّ التَّفريغَ إليه، (وإن كان مِلكَ غيرِهِ لا يَضمَنُهُ)؛ لأنَّ التَّفريغَ إلى مالِكِها.

---

(١) يعني: يُباع فيه كما يُباع في ديون تجارته.

(٢) لأنَّ الحائطَ مملوكٌ للمولى، والعبدُ متصرِّفٌ للمولى. بناية.

(٣) أي: لا يضمنُ صاحبُ الحائطِ القتيلَ الثاني.

(٤) أي: لأنَّ التفريغَ عن القتيلِ الأوَّل مفوَّض إلى الأولياء؛ لأنَّهم هم الذين يتولَّونَ الدَّفنَ. بناية.

(٥) أي: سقطت الجرَّةُ بسقوطِ الحائط. يشيرُ إلى أنَّه لو وَقَعَت الجرَّةُ وَحْدَها فأصابت إنساناً فلا ضمانَ عليه؛ لأنَّه وَضَعَها على مِلكِهِ، وهو لا يكونُ متعدِّياً فيما يُحدِثُهُ في ملكِهِ، سواءٌ كان الحائطُ مائلاً أو غيرَ مائلٍ، كذا في المبسوط. عناية.

وإن كان الحائطُ بين خمسةِ رجالٍ أُشهِدَ على أحدِهم، فقَتَلَ إنساناً، ضَمِنَ خُمسَ الدِّيةِ، ويكونُ ذلك على عاقلتِهِ، وإنْ كانت دارٌ بينَ ثلاثةِ نَفرٍ، فَحَفَرَ أَحَدُهُم فيها بئراً، والحَفْرُ كان بِغَيرِ رِضا الشَّرِيكَينِ الآخَرَينِ، أو بَنَى حائطاً فَعَطِبَ به إنسانٌ، فَعَلَيهِ ثُلُثا الدِّيةِ على عاقلتِهِ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: عليه نِصفُ الدِّيةِ على عاقلتِهِ في الفصلَين.

قال: (وإن كان الحائطُ بينَ خَمسةِ رجالٍ أُشهِدَ على أحدِهم، فَقَتَلَ إنساناً، ضَمِنَ خُمسَ الدِّيةِ، ويكونُ ذلك على عاقلتِهِ).

(وإنْ كانت دارٌ بينَ ثلاثةِ نَفرٍ، فَحَفَرَ أَحَدُهُم فيها بئراً، والحَفْرُ كان بِغَيرِ رِضا الشَّرِيكَينِ الآخَرَينِ، أو بَنَى حائطاً فَعَطِبَ به إنسانٌ، فَعَلَيهِ[1] ثُلُثا الدِّيةِ على عاقلتِهِ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: عليه نِصفُ الدِّيةِ على عاقلتِهِ في الفَصلَين).

لهما: أنَّ التَّلَفَ بنَصيبِ من أُشهِدَ عليه مُعتَبَرٌ، وبِنَصيبِ مَنْ لم يُشهَدْ عليه هَدرٌ، فكانا قِسمَينِ فانقسم[2] نصفين، كما مَرَّ في عَقْرِ الأسدِ ونَهْشِ الحيَّةِ وجَرْحِ الرَّجلِ.

وله: أنَّ الموتَ حَصَلَ بعلَّةٍ واحدةٍ، وهو الثِّقَلُ المُقدَّرُ والعُمْقُ المُقدَّرُ؛ لأنَّ أصلَ ذلك ليس بعلَّةٍ، وهو القليلُ[3]، حتَّى يُعتَبَرُ كلُّ جزءٍ عِلَّةً، فتجتمعُ العِلَلُ، وإذا كان كذلك يُضافُ إلى العِلَّةِ الواحدةِ، ثمَّ تُقسَمُ على أربابها بِقَدْرِ المِلكِ.

بخلاف الجِراحات؛ فإنَّ كلَّ جراحةٍ عِلَّةٌ للتَّلَفِ بنفسها، صَغُرَتْ أو كَبُرت على ما عُرِفَ، إلَّا أنَّ عند المُزاحَمَةِ أُضيف إلى الكلِّ لعَدَمِ الأولويَّة، والله أعلم.

---

(١) أي: فعلى كلِّ واحدٍ من حافرِ البئرِ وباني الحائط. وإنَّما كان عليه ثلثا الدِّيةِ لكونِهِ ظالماً في ثلثي نصيب شريكيه، فيضمنُ ثلثي الدِّيةِ، ولا يلزمُ ثلثَ الدِّية في نصيبه لكونه غير متعدٍّ فيه. لكنوي.

(٢) أي: الضَّمانُ.

(٣) يعني: أنَّ الجُزءَ اليسيرَ ليس بِمُهلِكٍ. عناية.

باب جناية البهيمة والجناية عليها

الرَّاكِبُ ضامِنٌ لِما أوطأتِ الدَّابَّةُ، ما أصابَتْ بِيَدِها أو رِجلِها أو رأسِها أو كَدَمَتْ أو خَبَطَتْ، وكذا إذا صَدَمَتْ، ولا يَضْمَنُ ما نَفَحتْ بِرِجْلِها أو ذَنَبِها، فإنْ أوقَفَها في الطَّريقِ ضَمِنَ النَّفحَةَ أيضاً. ....

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

قال: (الرَّاكِبُ ضامِنٌ لِما أوطأتِ[1] الدَّابَّةُ، ما أصابَتْ[2] بِيَدِها أو رِجلِها أو رأسِها أو كَدَمَتْ أو خَبَطَتْ، وكذا إذا صَدَمَتْ، ولا يَضْمَنُ ما نَفَحتْ بِرِجْلِها أو ذَنَبِها).

والأصل: أنَّ المرورَ في طريقِ المسلمينَ مباحٌ مقيَّدٌ بِشَرطِ السَّلامةِ؛ لأنَّه يَتصرَّفُ في حقِّهِ من وَجهٍ وفي حقِّ غيرِهِ من وجهٍ؛ لكونِهِ مُشتَرَكاً بين كلِّ النَّاس، فقلنا بالإباحةِ مُقيَّداً بما ذَكَرْنا لِيَعتدِلَ النَّظرُ من الجانبين.

ثمَّ إنَّما يتقيَّد بِشَرطِ السَّلامةِ فيما يُمكِنُ الاحترازُ عنه، ولا يَتقيَّدُ بها فيما لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه؛ لِما فيه من المَنعِ عن التَّصرُّفِ وسَدِّ بابِهِ[3] وهو مفتوحٌ، والاحترازُ عن الإيطاءِ وما يُضاهيهِ مُمكِنٌ، فإنَّه ليس من ضَروراتِ التَّسييرِ فقيَّدناه بِشَرطِ السَّلامةِ عنه، والنَّفحَةُ بالرِّجلِ والذَّنبِ ليس يُمكِنُهُ الاحترازُ عنه مع السَّيرِ على الدَّابَّةِ، فلم يَتقيَّد به.

(فإنْ أوقَفَها في الطَّريقِ ضَمِنَ النَّفحَةَ أيضاً)؛ لأنَّه يُمكِنُهُ التَّحرُّزُ عن الإيقافِ وإنْ

---

(١) في العناية: الصَّحيح «لِما وَطِئتِ الدَّابَّة»، وقيل: يجوزُ أن يكونَ مفعولا الإيطاءِ مَحذُوفَين، وتقديره: أوطأتِ الدَّابَّةُ يَدَها أو رِجلَها إنساناً، فيكونُ من باب «فلانٌ يُعطي».

(٢) قوله: «ما أصابت» بدلٌ من قوله: «لما أوطأتِ الدَّابَّة»، والكَدْم: العَضُّ بمُقدَّمِ الأسنان. والخَبطُ: الضَّربُ باليد. والصَّدمُ: هو أن تَضرِبَ الشَّيءَ بجَسَدِكَ، ومنه اصطَدَم الفارسان، إذا ضَرَبَ أحدُهما الآخَرَ بنفسِهِ، ويقال: نَفحتِ الدَّابَّةُ الشَّيءَ، إذا ضَرَبَتْه بِحَدِّ حافِرِها. عناية.

(٣) أي: باب التَّصرُّف.

وإنْ أصابَتْ بِيَدِها أو بِرِجلِها حَصاةً أو نَواةً، أو أثارتْ غُباراً أو حَجَراً صغيراً، فَفَقَأَ عينَ إنسانٍ، أو أفسَدَ ثَوْبَهُ، لم يَضْمَنْ، وإنْ كان حَجَراً كبيراً ضَمِنَ. فإنْ راثَتْ أو بالَتْ في الطَّريقِ وهي تَسيرُ، فَعَطِبَ به إنسانٌ لم يَضْمَنْ، وكذا إذا أوقَفَها لِذَلِكَ. والسَّائقُ ضامِنٌ لِما أصابَتْ بِيَدِها أو رِجْلِها، والقائدُ ضامِنٌ لِما أصابَتْ بِيَدِها دونَ رِجْلِها. ....

لم يُمكِنْه عن النَّفحةِ، فصار متعدِّياً في الإيقافِ وشَغْلِ الطَّريقِ به، فَيَضمَنُهُ.

قال: (وإنْ أصابَتْ بِيَدِها أو بِرِجلِها حَصاةً أو نَواةً، أو أثارتْ غُباراً أو حَجَراً صغيراً، فَفَقَأَ عينَ إنسانٍ، أو أفسَدَ ثَوْبَهُ، لم يَضْمَنْ، وإنْ كان حَجَراً كبيراً ضَمِنَ)؛ لأنَّه في الوجهِ الأوَّلِ لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه، إذ سيرُ الدَّوابِّ لا يَعْرَى عنه، وفي الثَّاني مُمكِنٌ لأنَّه يَنفَكُّ عن السَّيرِ عادةً، وإنَّما ذلك بِتَعنيفِ الرَّاكبِ.

والمُرتَدِفُ[1] فيما ذكرنا[2] كالرَّاكبِ؛ لأنَّ المعنى لا يَختلِفُ[3].

قال: (فإنْ راثَتْ أو بالَتْ في الطَّريقِ وهي تَسيرُ، فَعَطِبَ به إنسانٌ، لم يَضْمَنْ)؛ لأنَّه من ضروراتِ السَّيرِ، فلا يُمكِنُه الاحترازُ عنه. (وكذا إذا أوقَفَها لِذَلِكَ)؛ لأنَّ من الدَّوابِّ ما لا يَفعَلُ ذلك إلَّا بالإيقافِ، وإنْ أوقَفَها لغيرِ ذلك، فَعَطِبَ إنسانٌ بِرَوثِها أو بَولِها ضَمِنَ؛ لأنَّه مُتعدٍّ في هذا الإيقافِ؛ لأنَّه ليس من ضَروراتِ السَّيرِ، ثمَّ هو أكثَرُ ضرراً بالمارَّةِ من السَّيرِ؛ لِما أنَّه[4] أدوَمُ منه، فلا يُلحَقُ به.

(والسَّائقُ ضامِنٌ لِما أصابَتْ بِيَدِها أو رِجْلِها، والقائدُ ضامِنٌ لِما أصابَتْ بِيَدِها دونَ رِجْلِها)، ....

---

(١) أي: الرَّديف.

(٢) يعني: في مُوجِبِ الجناية.

(٣) أي: المعنى المُوجِبُ للجناية، وهو المُباشَرَةُ والتَّصرُّفُ في الدَّابَّةِ بالتَّسييرِ على ما أراد، لا يختلف بينهما؛ لأنَّها في أيديهم وتحت تَصرُّفِهم.

(٤) أي: الإيقاف.

والمرادُ النَّفحةُ[1].

قال رضي الله عنه: هكذا ذكَرَه القُدوريُّ في مُختَصَرِه، وإليه مال بعضُ المشايخ. ووجهُهُ: أنَّ النَّفحةَ بِمَرأى عينِ السَّائقِ، فَيُمكِنُه الاحترازُ عنه، وغائبٌ عن بَصرِ القائدِ، فلا يُمكِنُهُ التَّحرُّزُ عنه.

وقال أكثر المشايخ: إنَّ السَّائقَ لا يَضمَنُ النَّفحةَ أيضاً وإنْ كان يَراها؛ إذ ليس على رِجلِها ما يَمنَعُها به، فلا يُمكِنُهُ التَّحرُّزُ عنه، بخلافِ الكَدْمِ لإمكانِهِ كَبْحَها بِلِجامِها. وبهذا يَنطِقُ أكثَرُ النُّسخ وهو الأصح.

وقال الشَّافعي[2]: يَضمَنُونَ النَّفحةَ كلُّهم؛ لأنَّ فِعلَها مُضافٌ إليهم، والحُجَّةُ عليه ما ذكرناه[3]، وقولُه ﷺ: «الرِّجلُ جُبارٌ»[4] ومعناه: النَّفحةُ بالرِّجل، وانتقالُ الفِعلِ بتخويفِ القَتلِ كما في المُكرَهِ، وهذا تَخويفٌ بالضَّربِ[5].

قال: (وفي الجامع الصَّغير: وكلُّ شيءٍ ضَمِنَهُ الرَّاكِبُ ضَمِنَهُ السَّائقُ والقائدُ)؛ لأنَّهما مُسبِّبانِ بِمُباشَرَتِهما شَرْطَ التَّلفِ، وهو تقريبُ الدَّابَّةِ إلى مكانِ الجنايةِ، فيتقيَّدُ بِشَرطِ السَّلامةِ فيما يُمكِنُ الاحترازُ عنه كالرَّاكب.

---

(١) أي: من قوله: «لِما أصابت بيدها أو رجلها»، وإنَّما فَسَّر ذلك لئلا يُتوَهَّم أنَّ المرادَ به الوَطءُ، فإنَّه يُوجِبُ الضَّمانَ على السَّائقِ والقائدِ بلا خلاف لأحدٍ فيه. عناية.

(٢) قال الماوردي في الحاوي (٤/ ٣٠): إذا كان المُحرِمِ راكباً فأتلَفَ مركوبُهُ صيداً، برجلِهِ أو بيدِهِ أو برأسه أو بذنبه فعليه ضمانُهُ؛ لأنَّ أفعالَ مركوبِهِ منسوبةٌ إليه، وكذلك لو ساقَ المُحرِمُ مَركوبَهُ أو قادَهُ فأتلف المركوبُ شيئاً، ضَمِنَه السَّائقُ أو القائد.

(٣) يعني: قوله: «فلا يُمكِنُه التَّحرُّز».

(٤) أخرجه أبو داود في الدِّيات، باب: في الدَّابَّة تَنفَحُ بِرِجلها (٤٥٩٢) من حديث أبي هريرة عن رسول الله ﷺ.

(٥) جوابٌ عن قول الشافعي رحمه الله: «لأنَّ فِعلَها مُضافٌ إليهم» يعني: أنَّ ذلك يكونُ بالقياس على الإكراه، ولا يكادُ يصحُّ لأنَّ هناك الانتقالُ بتخويفِ القَتلِ، وهنا تخويفٌ بالضَّربِ، فلا يُلحَقُ به. عناية.

إلَّا أنَّ على الرَّاكِبِ الكفَّارةَ ولا كفَّارَةَ عليهما، ولو كان راكبٌ وسائقٌ، قيل: لا يَضمَنُ السَّائقُ ما أوطأتِ الدَّابَّةُ. وإذا اصطَدَمَ فارسانِ فماتا، فَعَلَى عاقلةِ كلِّ واحدٍ منهما دِيةُ الآخَرِ.

(إلَّا أنَّ على الرَّاكبِ الكفَّارةَ) فيما أوطأته الدَّابَّةُ بِيَدِها أو برجلِها، (ولا كفَّارةَ عليهما[١])، ولا على الرَّاكبِ فيما وراءَ الإيطاءِ[٢]، لأنَّ الرَّاكبَ مُباشِرٌ فيه؛ لأنَّ التَّلَفَ بِثِقَلِهِ، وثِقَلُ الدَّابَّةِ تَبَعٌ له، لأنَّ سيرَ الدَّابَّةِ مُضافٌ إليه، وهي آلة له[٣]، وهما[٤] مُسبِّبانِ لأنَّه لا يَتَّصلُ منهما إلى المَحلِّ[٥] شيءٌ، وكذا الرَّاكبُ[٦] في غيرِ الإيطاءِ، والكفَّارةُ حكمُ المباشرةِ لا حكمُ التَّسبُّبِ.

وكذا يَتعلَّقُ بالإيطاءِ في حقِّ الرَّاكبِ حِرمانُ المِيراثِ والوصيَّةِ، دونَ السَّائقِ والقائدِ؛ لأنَّه يَختَصُّ بالمباشرة.

(ولو كان راكبٌ وسائقٌ، قيل: لا يَضمَنُ السَّائقُ ما أوطأتِ الدَّابَّةُ)؛ لأنَّ الرَّاكبَ مباشرٌ فيه لِما ذكرنا[٧]، والسَّائقُ مسبِّبٌ، والإضافةُ إلى المباشِرِ أولى، وقيل: الضَّمانُ عليهما؛ لأنَّ كلَّ ذلك سببُ الضَّمانِ[٨].

قال: (وإذا اصطَدَمَ فارسانِ فماتا، فَعَلَى عاقلةِ كلِّ واحدٍ منهما دِيةُ الآخَرِ).

---

(١) أي: على القائد والسَّائق.
(٢) كالنَّفحةِ بالرِّجل والذَّنبِ.
(٣) أي: الدَّابَّةُ آلة للرَّاكب.
(٤) أي: السَّائق والقائد. بناية.
(٥) أي: محلِّ الجناية.
(٦) أي: مسبِّبٌ.
(٧) إشارة إلى قوله: «لأنَّ التَّلفَ بثِقَلِهِ». عناية.
(٨) يعني: أنَّ كلَّ واحدٍ منهما بانفرادِهِ عاملٌ في الإتلافِ، فإنَّ السَّوقَ لو انفرَدَ عن الرُّكوبِ أوجَبَ ضَمانَ ما أتلَفَتْ بالوَطءِ، وكذلك الرُّكوبُ، فلم يَجُزْ أن يُضافَ عملُ السَّوقِ في الإتلافِ إلى الرُّكوبِ، بل كان التَّلفُ مضافاً إليهما نصفين، والمُسبِّبُ إنَّما لا يَضمَنُ مع المباشِرِ إذا كان سبباً لا يَعمَلُ في التَّلفِ عند انفرادِهِ، كالحَفْرِ فإنَّه لا يُوجِبُ التَّلَفَ مُنفرِداً عن الدَّفعِ الذي هو مباشرة. عناية.

وقال زفر والشَّافعيُّ[١]: يجبُ على عاقلةِ كلِّ واحدٍ منهما نِصفُ ديةِ الآخَرِ؛ لِما رُوي ذلك عن عليٍّ ﷺ، ولأنَّ كلَّ واحدٍ منهما ماتَ بفعلِهِ وفعلِ صاحبِهِ؛ لأنَّه بِصَدمتِهِ آلَمَ نفسَهُ وصاحبَهُ، فَيُهدَرُ نصفُهُ ويُعتَبَر نصفُهُ، كما إذا كان الاصطدامُ عمداً، أو جَرَحَ كلُّ واحدٍ منهما نفسَهُ وصاحبَهُ جِراحةً، أو حَفَرا على قارعةِ الطَّريقِ بئراً فانهار عليهما، يجبُ على كلِّ واحدٍ منهما النِّصفُ، فكذا هذا.

ولنا: أنَّ الموتَ يُضافُ إلى فعلِ صاحبِهِ؛ لأنَّ فِعلَهُ في نفسِهِ مباحٌ، وهو المَشيُ في الطَّريقِ، فلا يَصلُحُ مُستَنَداً للإضافةِ في حقِّ الضَّمانِ، كالماشي إذا لم يَعلَمْ بالبئرِ ووَقَعَ فيها لا يُهدَرُ شيءٌ من دمِهِ، وفِعلُ صاحبِهِ وإن كان مُباحاً، لكن الفِعلُ المُباحُ في غيرِهِ سببٌ للضَّمانِ، كالنَّائم إذا انقلَبَ على غيرِهِ.

ورُوي عن عليٍّ ﷺ أنَّه أوجَبَ على كلِّ واحدٍ منهما كلَّ الدِّيةِ[٢]، فتعارضت روايتاه، فرجَّحنا بما ذكرنا، وفيما ذَكَرَ من المسائل الفعلان[٣] محظوران فَوَضَح الفرقُ[٤].

هذا الذي ذكرنا[٥] إذا كانا حُرَّينِ في العَمدِ والخَطإِ، ولو كانا عبدين يُهدَرُ الدَّمُ في الخطإِ؛ لأنَّ الجنايةَ تعلَّقت برقَبَتِهِ دفعاً وفِداءً[٦]، وقد فاتَتْ لا إلى خَلَفٍ من غيرِ فِعلِ المَولى، فَهُدِرَ ضرورةً، وكذا في العمدِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما هَلَكَ بعدما جَنَى ولم يُخلِفْ بدَلاً.

---

(١) انظر المجموع (١٩/ ٢٦)، والرَّوضة (٩/ ٣٣١).

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في الديات، باب: الرجل يصدم الرجل (٢٧٦٣٢) عن إبراهيم النَّخعيِّ عن علي في فارسين اصطدما، فمات أحدُهُما، فضَمَّنَ الحيَّ الميِّتَ.

(٣) وهما الاصطدامُ عمداً والجرح.

(٤) أي: بين المقيسِ والمقيسِ عليه.

(٥) أي: من وجوبِ تَنصيفِ الدِّيةِ في العَمدِ على عاقلةِ كلِّ واحدٍ منهما، وفي الخطأ الدِّيةُ الكاملةُ على ما ذُكِرَ في الكتاب. عناية.

(٦) أي: من حيثُ دفعُ المولى إيَّاه إلى الجنايةِ، ومن حيثُ أن يفديَهُ. فلمَّا مات العبدُ قبلَ الدَّفعِ والفديةِ، فات محلُّ الجنايةِ - وهو العبد - لا إلى خلفٍ.

وَمَنْ ساقَ دابَّةً فَوَقَعَ السَّرجُ على رَجلٍ فَقَتَلَهُ ضَمِنَ. وكذا على هذا سائرُ أدواتِهِ، كاللِّجامِ ونحوِهِ، وكذا ما يُحمَلُ عليها. ومَنْ قادَ قِطاراً فهو ضامِنٌ لِما أوطأ، فإنْ وَطِئ بعيرٌ إنساناً ضَمِنَ به القائدُ، والدِّيةُ على العاقلةِ، ....

ولو كان أحدُهما حرّاً والآخَرُ عبداً، ففي الخَطإ تجبُ على عاقلةِ الحُرِّ[1] المقتولِ قيمةُ العبدِ، فيأخُذُها وَرثَةُ المقتولِ الحُرِّ[2]، ويَبطُلُ حقُّ الحُرِّ المقتولِ في الدِّيةِ فيما زاد على القيمةِ؛ لأنَّ على أصلِ أبي حنيفة ومحمدٍ تجبُ القيمةُ على العاقلةِ[3]؛ لأنَّه ضمانُ الآدميِّ، فقد أخلَفَ بدلاً بهذا القَدرِ، فيأخُذُه ورثةُ الحرِّ المقتولِ، ويَبطُلُ ما زادَ عليه لعَدَمِ الخَلَفِ.

وفي العمدِ يجبُ على عاقلةِ الحرِّ نصفُ قيمةِ العبدِ؛ لأنَّ المضمونَ هو النِّصفُ في العمدِ، وهذا القدرُ يأخذُهُ وليُّ المقتولِ، وما على العبدِ في رقبتِهِ - وهو نصفُ ديةِ الحرِّ - يسقطُ بموتِهِ إلَّا قَدْرَ ما أخلَفَ من البدل، وهو نصف القيمة.

قال: (ومَنْ ساقَ دابَّةً فَوَقَعَ السَّرجُ على رَجلٍ فقتَلَهُ، ضَمِنَ. وكذا على هذا سائرُ أدواتِهِ، كاللِّجامِ ونحوِهِ، وكذا ما يُحمَلُ عليها)؛ لأنَّه مُتعدٍّ في هذا التَّسبيبِ؛ لأنَّ الوقوعَ بِتَقصيرٍ منه، وهو تركُ الشَّدِّ أو الإحكامِ فيه، بخلافِ الرِّداءِ[4]؛ لأنَّه لا يُشدُّ في العادةِ، ولأنَّه[5] قاصدٌ لحفظِ هذه الأشياءِ كما في المَحمولِ على عاتِقِهِ، دونَ اللِّباسِ على ما مَرَّ من قبلُ[6]، فيُقيَّدُ بِشَرطِ السَّلامةِ.

قال: (ومَنْ قادَ قِطاراً فهو ضامِنٌ لِما أوطأ، فإنْ وَطِئ بعيرٌ إنساناً ضَمِنَ به القائدُ، والدِّيةُ على العاقلةِ)؛ لأنَّ القائدَ عليه حِفظُ القِطارِ كالسَّائقِ، وقد أمكَنَهُ

---

(١) أي: باعتبار كونِ الحرِّ قاتلاً.

(٢) أي: يأخذُ ورثةُ الحرِّ قيمةَ العبدِ باعتبار كون الحرِّ مقتولاً.

(٣) أي: تجب قيمةُ العبد على عاقلةِ الحرِّ باعتبار كونِهِ قاتلاً.

(٤) أي: الرِّداء الملبوس إذا سقط على شيء فأتلَفَه، حيثُ لا يضمنُ.

(٥) أي: السَّائق.

(٦) أي: في باب ما يُحدِثُهُ الرَّجل في الطريق. عناية.

وإنْ كان مَعَهُ سائقٌ فالضَّمانُ عليهما. وإنْ رَبَطَ رجلٌ بَعيراً إلى القِطارِ والقائدُ لا يَعلَمُ، فَوَطِئَ المَربوطُ إنساناً فقتَلَهُ، فَعَلَى عاقلةِ القائدِ الدِّيةُ، ثمَّ يَرجِعونَ بها على عاقلَةِ الرَّابِطِ. ....

ذلك، وقد صار مُتعدِّياً بالتَّقصيرِ فيه، والتَّسبُّبُ بِوَصفِ التَّعدِّي سببٌ للضَّمانِ، إلَّا أنَّ ضمانَ النَّفسِ على العاقلةِ فيه، وضمانَ المالِ في مالِهِ.

(وإنْ كان مَعَهُ سائقٌ فالضَّمانُ عليهما)؛ لأنَّ قائدَ الواحدِ قائدٌ للكلِّ، وكذا سائقُهُ لاتِّصالِ الأزِمَّةِ، وهذا[1] إذا كان السَّائقُ في جانبٍ من الإبلِ[2]، أمَّا إذا كان تَوسَّطَها وأخَذَ بزمامِ واحدٍ، يَضمَنُ ما عَطِبَ بما هو خَلْفَه، ويَضمنانِ ما تَلِفَ بما بين يديهِ؛ لأنَّ القائدَ لا يقودُ ما خَلْفَ السَّائقِ لانفصامِ الزِّمام، والسَّائقُ يَسوقُ ما يكون قُدَّامَه.

قال: (وإنْ رَبَطَ رجلٌ بَعيراً إلى القِطارِ والقائدُ لا يَعلَمُ، فَوَطِئَ المَربوطُ إنساناً فقتَلَهُ، فَعَلَى عاقلةِ القائدِ الدِّيةُ)؛ لأنَّه يُمكِنُه صيانةُ القِطارِ عن رَبطِ غيرِهِ، فإذا تَرَكَ الصِّيانةَ صار مُتعدِّياً، وفي التَّسبيبِ الدِّيةُ على العاقلةِ، كما في القتل الخطإ، (ثمَّ يَرجِعونَ بها على عاقلَةِ الرَّابِطِ)؛ لأنَّه هو الذي أوقَعَهُم في هذه العُهدةِ.

وإنَّما لا يجبُ الضَّمانُ عليهما في الابتداءِ، وكلٌّ منهما مُسبِّبٌ؛ لأنَّ الرَّبطَ من القَودِ بمنزلةِ التَّسبيبِ من المباشرة[3]؛ لاتِّصالِ التَّلَفِ بالقَودِ دونَ الرَّبطِ.

قالوا: هذا[4] إذا رَبَطَ والقطارُ يسيرُ؛ لأنَّه أمر[5] بالقَودِ دِلالةً، فإذا لم يَعلَمْ به لا يُمكِنُهُ التَّحفُّظُ من ذلك، فيكونُ قرارُ الضَّمانِ على الرَّابِطِ، أمَّا إذا رَبَطَ

---

(١) أي: وجوبُ الضَّمانِ على السَّائقِ والقائدِ جميعاً.

(٢) أي: يمشي في جانب من القطار، لا يتقدَّمُ ولا يتأخَّرُ، ولا يأخذُ بزمامِ بعيرٍ. لكنوي

(٣) ولا شكَّ أنَّ المباشرةَ أقوى، كالحافر مع الدَّافع. بناية.

(٤) أي: رجوعُ عاقلةِ القائدِ على عاقلةِ الرَّابط. بناية.

(٥) يصحُّ أن تقول: «لأنَّ الرَّابطَ أمَرَ» أو «لأنَّ الرَّبطَ أمرٌ».

ومَنْ أرسَلَ بهيمةً وكان لها سائقاً، فأصابَتْ في فَورِها، يَضْمَنُهُ. ولو أرسَلَ طيراً وساقَهُ، فأصابَ في فَورِهِ، لم يَضْمَنْ. ....

والإبلُ قيامٌ، ثمَّ قادها، ضَمِنَها القائدُ؛ لأنَّه قادَ بعيرَ غيرِهِ بغيرِ إذنِهِ، لا صريحاً ولا دلالةً، فلا يرجعُ بما لَحِقَه عليه.

قال: (ومَنْ أرسَلَ بهيمةً[1] وكان لها سائقاً، فأصابَتْ في فَورِها، يَضْمَنُهُ)؛ لأنَّ الفِعلَ انتقَلَ إليه بواسطةِ السَّوقِ.

قال: (ولو أرسَلَ طيراً وساقَهُ، فأصابَ في فَورِهِ[2]، لم يَضْمَنْ).

والفَرْقُ: أنَّ بدن البهيمةِ يَحتمِلُ السَّوقَ، فاعتُبِرَ سوقُهُ، والطَّيرُ لا يَحتمِلُ السَّوقَ، فصارَ وُجودُ السَّوقِ وعدَمُهُ بِمَنزلةٍ.

وكذا لو أرسل كلباً ولم يكن له سائقاً لم يَضمَنْ، ولو أرسَلَه إلى صيدٍ ولم يكنْ له سائقاً، فأخَذَ الصَّيدَ وقتَلَهَ حَلَّ.

ووجهُ الفَرقِ: أنَّ البهيمةَ مُختارةٌ في فِعلِها، ولا تَصلُحُ نائبةً عن المُرسِلِ، فلا يُضافُ فِعلُها إلى غيرِها، هذا هو الحقيقةُ، إلَّا أنَّ الحاجةَ مَسَّتْ في الاصطيادِ فأضيفَ إلى المُرسِلِ؛ لأنَّ الاصطيادَ مشروعٌ ولا طريقَ له سِواهُ، ولا حاجةَ في حقِّ ضمانِ العُدوانِ.

وروي عن أبي يوسف أنَّه أوجَبَ الضَّمانَ في هذا كلِّه احتياطاً صيانةً لأموالِ النَّاسِ.

قال ﷺ: وذَكَرَ في المبسوطِ إذا أرسلَ دابَّةً في طريقِ المسلمين فأصابت في فَورِها، فالمرسِلُ ضامنٌ؛ لأنَّ سَيرَها مُضافٌ إليه ما دامت تسيرُ على سَنَنِها،

---

(١) يُريد «كلبا» لقوله بعده: «وكذا لو أرسل كلباً»، ومعنى سوقِهِ إيَّاه، أن يمشي خلفَهُ. عناية.

(٢) بأن قَتَلَ صيداً مملوكاً، لم يَضمَنِ المُرسِلُ السَّائقُ؛ لِعَدَمِ اعتبارِ السَّوقِ والإرسالِ فيه في حقِّ الضَّمان، حتَّى لو كان ذلك في الحَرَمِ وقَتَلَ صيدَ الحَرَمِ لم يلزمه شيءٌ. عناية.

ولو أرسَلَ بهيمةً فأفسَدَتْ زَرْعاً على فَورِهِ، ضَمِنَ المُرسِلُ، وإنْ مالَتْ يَميناً أو شِمالاً وله طريقٌ آخَرُ لا يَضمَنُ. ولو انفلَتَتِ الدَّابَّةُ فأصابَتْ مالاً أو آدميًّاً ليلاً أو نهاراً، لا ضَمانَ على صاحِبِها. شاةٌ لِقَصَّابٍ فُقِئَتْ عَينُها فَفِيها ما نَقَصَها، ....

ولو انعَطَفَتْ يَمنةً أو يَسرةً انقَطَعَ حُكمُ الإرسالِ، إلَّا إذا لم يكنْ له طريقٌ آخرُ سِواهُ، وكذا إذا وَقَفَتْ ثمَّ سارت.

بخلافِ ما إذا وَقَفَتْ بعدَ الإرسالِ في الاصطيادِ، ثمَّ سارت فأخَذَتِ الصَّيدَ؛ لأنَّ تلك الوَقفَةَ تُحقِّقُ مَقصودَ المُرسِلِ؛ لأنَّه لِتَمكُّنِهِ من الصَّيدِ، وهذه تُنافي مَقصودَ المُرسِلِ، وهو السَّيرُ، فَينقطعُ حُكمُ الإرسالِ.

وبخلافِ ما إذا أرسَلَهُ إلى صيدٍ فأصابَ نَفْساً أو مالاً في فَورِهِ، لا يَضْمَنُه من أرسَلَهُ، وفي الإرسالِ في الطَّريقِ يَضمَنُهُ؛ لأنَّ شَغْلَ الطَّريقِ تَعدٍّ، فَيَضمَنُ ما تولَّدَ منه، أمَّا الإرسالُ للاصطيادِ فَمُباحٌ، ولا تَسبيبَ إلَّا بوصفِ التَّعدِّي.

قال: (ولو أرسَلَ بهيمةً فأفسَدَتْ زَرْعاً على فَورِهِ، ضَمِنَ المُرسِلُ، وإنْ مالَتْ يَميناً أو شِمالاً وله طريقٌ آخَرُ لا يَضمَنُ) لِما مَرَّ[١].

(ولو انفلَتَتِ الدَّابَّةُ فأصابَتْ مالاً أو آدميًّاً ليلاً أو نهاراً، لا ضَمانَ على صاحِبِها) لقوله ﷺ: «جَرحُ العَجماءِ جُبارٌ»[٢]، قال محمد رَحِمَهُ اللهُ: هي المُنفَلِتَةُ، ولأنَّ الفِعلَ غيرُ مُضافٍ إليه لِعَدَمِ ما يُوجِبُ النِّسبةَ إليه من الإرسال وأخواته[٣].

قال: (شاةٌ لِقَصَّابٍ فُقِئَتْ عَينُها فَفِيها ما نَقَصَها)؛ لأنَّ المقصودَ منها هو اللَّحمُ، فلا يُعتَبَرُ إلَّا النُّقصانُ.

---

(١) إشارة إلى قوله: «انقَطَع حكمُ الإرسال». عناية.

(٢) أخرج أبو داود في الديات، باب: العجماء والمعدن والبئر جبار (٤٥٩٣) عن أبا هريرة يحدِّث عن رسول الله ﷺ قال: «العَجماءُ جَرحُها جُبارٌ، والمَعدِنُ جُبار، والبِئرُ جُبار، وفي الرِّكاز الخمس».

(٣) يعني: السَّوق والقود والرُّكوب.

وفي عَينِ بَقرةِ الجَزَّارِ وجَزُورِهِ رُبعُ القيمةِ، وكذا في عَينِ الحِمارِ والبَغلِ والفَرَسِ.
ومَنْ سار على دابَّةٍ في الطَّريقِ فَضرَبَها رجلٌ أو نَخَسَها، فَنَفَحَتْ رجلاً أو ضَرَبَتْهُ بِيَدِها أو نَفَرَتْ فَصَدَمَتْهُ فَقتَلَتْهُ، كان ذلك على النَّاخِسِ دونَ الرَّاكِبِ، ....

(وفي عَينِ بَقرةِ الجَزَّارِ وجَزُورِهِ رُبعُ القيمةِ، وكذا في عَينِ الحِمارِ والبَغلِ والفَرَسِ)، وقال الشَّافعيُّ: فيه النُّقصان أيضاً اعتباراً بالشَّاة.

ولنا ما روي أنَّ النَّبيَّ ﷺ قَضَى في عَينِ الدَّابَّةِ بِرُبعِ القيمةِ[1]، وهكذا قَضَى عمر رضي الله عنه[2]، ولأنَّ فيها مَقاصِدَ سوى اللَّحمِ، كالحَملِ والرُّكوبِ والزِّينةِ والجَمالِ والعَملِ، فَمِن هذا الوجهِ تُشبِهُ الآدميَّ، وقد تُمسَكُ للأكلِ، فمن هذا الوجهِ تُشبِهُ المأكولاتِ، فَعَمِلنا بالشَّبَهينِ، بِشَبَهِ الآدميِّ في إيجابِ الرُّبعِ وبالشَّبهِ الآخَرِ في نَفْيِ النِّصفِ، ولأنَّه إنَّما يُمكِن إقامةُ العملِ بها بأربعةِ أعيُنٍ، عيناها وعينا المُستعمِلِ، فكأنَّها ذاتُ أعينٍ أربعةٍ، فيجب الرُّبعُ بِفَواتِ إحداها.

قال: (ومَنْ سار على دابَّةٍ في الطَّريقِ فَضرَبَها رجلٌ أو نَخَسَها، فَنَفَحَتْ رجلاً أو ضَرَبَتْهُ بِيَدِها أو نَفَرَتْ فَصَدَمَتْهُ فَقتَلَتْهُ، كان ذلك على النَّاخِسِ دونَ الرَّاكِبِ)، هو المَرويُّ عن عمرَ وابنِ مسعود رضي الله عنهما[3]، ولأنَّ الرَّاكبَ والمَرْكَبَ مَدفوعانِ بِدَفعِ

---

(1) أخرج الطبراني في الكبير (٥/ ١٣٨) (٤٨٧٨) عن زيد بن ثابت قال: لم يقضِ رسولُ الله ﷺ إلَّا ثلاثَ قضيات، في الأمَةِ والمُنقِلَةِ والمُوضِحَةِ، في الأمَةِ ثلاثاً وثلاثين، وفي المُنقِلَةِ خمس عشرة، وفي المُوضِحَةِ خمساً، وقضى رسول الله ﷺ في عين الدَّابَّةِ رُبعَ ثَمنِها.

(2) أخرج عبد الرزاق في المصنف، كتاب العقول، باب: عين الدابة (١٨٤١٨) عن شُرَيح أنَّ عمر كَتَبَ إليه في عَينِ الدَّابَّةِ رُبعَ ثَمَنِها.
وأخرج ابن أبي شيبة في الديات، باب: عين الدابة (٢٧٣٩٥) عن الشَّعبيِّ قال: قضى عمرُ في عينِ الدَّابَّةِ بربع ثَمنِها.

(3) أخرج عبد الرزاق في المصنف، كتاب العقول، باب: غرم القائد (١٧٨٧١) عن قاسم بن عبدالرَّحمن قال: نَخس رجلٌ دابَّةً عليها رجلٌ، فَنَفَحَتْ إنساناً فَجَرَحَتْهُ، فأتوا سلمان بن ربيعة فقال: يَغرَمُ الرَّاكبُ، فأتَوا ابن مسعودٍ فقال: يَغرَمُ النَّاخس.

وإنْ نَفَحَتِ النَّاخِسَ كان دمُهُ هَدْراً، وإنْ ألقَتِ الرَّاكِبَ فَقَتَلَتْهُ كان ديتُهُ على عاقِلَةِ النَّاخِسِ، ولو وَثَبَتْ بِنَخسِهِ على رَجلٍ، أو وَطِئَتْهُ فَقَتَلَتْهُ، كان ذلك على النَّاخِسِ دونَ الرَّاكِبِ. ولو وَطِئتْ رَجلاً في سَيرِها وقد نَخَسَها النَّاخِسُ بإذنِ الرَّاكِبِ، فالدِّيةُ عليهما نصفينِ جميعاً إذا كانت في فَورِها الذي نَخَسَها. ....

النَّاخِسِ، فأضيف فِعلُ الدَّابَّةِ إليه كأنَّه فَعَلَه بيدِهِ، ولأنَّ النَّاخِسَ متعدٍّ في تَسبيبه، والرَّاكِبُ في فعلِهِ غيرُ متعدٍّ، فيترجَّحُ جانبُهُ في التَّغريم للتَّعدِّي، حتَّى لو كان واقفاً دابَّتَهُ على الطَّريقِ يكونُ الضَّمانُ على الرَّاكبِ والنَّاخِسِ نصفين؛ لأنَّه مُتعدٍّ في الإيقاف أيضا.

قال: (وإنْ نَفَحَتِ النَّاخِسَ كان دمُهُ هَدْراً)؛ لأنَّه بمنزلةِ الجاني على نفسِهِ.

(وإنْ ألقَتِ الرَّاكِبَ فَقَتَلَتْهُ كان ديتُهُ على عاقِلَةِ النَّاخِسِ)؛ لأنَّه متعدٍّ في تَسبيبِهِ، وفيه الدِّيةُ على العاقلة.

قال: (ولو وَثَبَتْ بِنَخسِهِ على رَجلٍ، أو وَطِئَتْهُ فَقَتَلَتْهُ، كان ذلك على النَّاخِسِ دونَ الرَّاكبِ)؛ لِما بيَّنَّاه، والواقفُ في مِلكِهِ والذي يسيرُ في ذلك سواء.

وعن أبي يوسف: أنَّه يجبُ الضَّمانُ على النَّاخِسِ والرَّاكبِ نصفين؛ لأنَّ التَّلَفَ حصَلَ بِثِقَلِ الرَّاكبِ ووَطءِ الدَّابَّةِ، والثَّاني مضافٌ إلى النَّاخِسِ، فيجبُ الضَّمانُ عليهما.

وإنْ نَخَسَها بإذنِ الرَّاكبِ كان ذلك بمنزلةِ فعلِ الرَّاكبِ لو نَخَسَها، ولا ضَمانَ عليه في نَفحتِها؛ لأنَّه أمرَهُ بما يَملِكُهُ، إذِ النَّخسُ في معنى السَّوقِ، فصَحَّ أمرُهُ به، وانتَقَلَ إليه لمعنى الأمر.

قال: (ولو وَطِئتْ رَجلاً في سَيرِها وقد نَخَسَها النَّاخِسُ بإذنِ الرَّاكِبِ، فالدِّيةُ عليهما نصفينِ جميعاً إذا كانت في فَورِها الذي نَخَسَها)؛ لأنَّ سيرَها في تلك

= وأخرج ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب الديات، باب: الرجل ينخس الدابة فتضرب (٢٧٩٦٠) عن شُرَيح قال: إلَّا أن يَنْخَسَها إنسانٌ فَيضمَنُ النَّاخِسُ.

الحالةِ مضافٌ إليهما، والإذنُ يتناولُ فِعلَهُ من حيثُ السَّوقُ، ولا يَتناولُهُ من حيثُ إنَّه إتلافٌ[1]، فمن هذا الوجهِ يَقتصِرُ عليه[2]، والرُّكوبُ وإن كان عِلَّةً للوطءِ، فالنَّخسُ ليس بشرطٍ لهذه العِلَّةِ، بل هو شرطٌ أو علَّةٌ للسَّيرِ، والسَّيرُ علَّةٌ للوطءِ، وبهذا لا يترجَّحُ صاحبُ العلَّةِ، كمَنْ جرَحَ إنساناً فوقَعَ في بئرٍ حَفَرَها غيرُهُ على قارعةِ الطَّريقِ وماتَ، فالدِّيةُ عليهما؛ لِما أنَّ الحَفْرَ شرطُ علَّةٍ أخرى دونَ علَّةِ الجَرحِ، كذا هذا.

ثم قيل: يرجعُ النَّاخِسُ على الرَّاكبِ بما ضَمِنَ في الإيطاءِ؛ لأنَّه فَعَلَهُ بأمرِهِ.

وقيل: لا يرجعُ، وهو الأصحُّ فيما أراه؛ لأنَّه لم يأمره بالإيطاءِ، والنَّخسُ يَنفصِلُ عنه، وصار كما إذا أمَرَ صبيّاً يَستَمسِكُ على الدَّابَّةِ[3] بتَسييرِها، فوطِئَت إنساناً وماتَ حتَّى ضَمِنَ عاقلةُ الصَّبيِّ، فإنَّهم لا يَرجِعونَ على الآمرِ؛ لأنَّه أمَرَهُ بالتَّسييرِ، والإيطاءُ يَنفصِلُ عنه. وكذا إذا ناوَلَهُ[4] سِلاحاً فَقَتَلَ به آخرَ، حتَّى ضَمِنَ لا يرجعُ على الآمرِ.

ثمَّ النَّاخسُ إنَّما يَضمَنُ إذا كان الإيطاءُ في فَورِ النَّخسِ، حتَّى يكونُ السَّوقُ مضافاً إليه، وإذا لم يكنْ في فَورِ ذلك فالضَّمانُ على الرَّاكبِ؛ لانقطاعِ أثَرِ النَّخسِ، فبقي السَّوقُ مُضافاً إلى الرَّاكبِ على الكمال.

(١) لِوُجودِ انفصالِ السَّوقِ عن الإتلافِ، فليس عينَهُ ولا من ضَروراتِهِ. عناية.

(٢) أي: على النَّاخِسِ؛ لأنَّ الرَّاكبَ أذِنَ له بالسَّوقِ، لا بالإيطاءِ والإتلافِ. عناية.

(٣) إنَّما قيَّد بذلك لأنَّه إذا لم يَستمسِكْ فلا ضمانَ على أحدٍ، أمَّا على الصَّبيِّ فلأنَّ مَسْكَهُ بمنزلةِ الحَملِ على الدَّابَّةِ، فلا يُضافُ السَّيرُ إليه، وأمَّا على الرَّجلِ فلأنَّه لم يُسيِّرْها، وإذا لم يُضَفْ سيرُها إلى أحدٍ كانت مُنفلِتَةً وفِعلُها جُبار. عناية.

(٤) أي: ناولَ الصَّبيَّ.

ومَنْ قادَ دابَّةً فَنَخَسَها رجلٌ، فانفلَتَتْ من يدِ القائدِ، فأصابَتْ في فَورِها، فهو على النَّاخِسِ، وكذا إذا كان لها سائقٌ فَنَخَسَها غيرُهُ. ولو نَخَسَها شيءٌ مَنصوبٌ في الطَّريقِ، فَنَفَحَتْ إنساناً فقَتَلَتْهُ، فالضَّمانُ على مَنْ نَصَبَ ذلك الشَّيءَ.

(ومَنْ قادَ دابَّةً فَنَخَسَها رجلٌ، فانفلَتَتْ من يدِ القائدِ، فأصابَتْ في فَورِها، فهو على النَّاخِسِ، وكذا إذا كان لها سائقٌ فَنَخَسَها غيرُهُ)؛ لأنَّه مضافٌ إليه.

والنَّاخِسُ إذا كان عبداً فالضَّمانُ في رقَبَتِهِ، وإن كان صبيَّاً ففي مالِهِ؛ لأنَّهما مُؤاخَذانِ بأفعالهما.

(ولو نَخَسَها شيءٌ مَنصوبٌ في الطَّريقِ، فَنَفَحَتْ إنساناً فقَتَلَتْهُ، فالضَّمانُ على مَنْ نَصَبَ ذلك الشَّيءَ)؛ لأنَّه متعدٍّ بِشَغلِ الطَّريقِ، فأُضيفَ إليه كأنَّه نَخَسَها بفعله، والله أعلم.

باب جناية المملوك والجناية عليه

وإذا جَنَى العبدُ جِنايةَ خطإٍ، قيل لِمَولاهُ: إمَّا أنْ تَدفَعَهُ بها أو تَفدِيهِ، ....

(باب جناية المملوك والجناية عليه)

قال: (وإذا جَنَى العبدُ جِنايةَ خطإٍ، قيل لِمَولاهُ: إمَّا أنْ تَدفَعَهُ بها أو تَفدِيهِ)، وقال الشَّافعيُّ: جنايتُهُ في رقبَتِهِ يُباعُ فيها، إلَّا أن يَقضيَ المولى الأرشَ.

وفائدةُ الاختلافِ في اتباعِ الجاني بعدَ العتقِ[١].

والمسألةُ مُختلَفَةٌ بينَ الصَّحابةِ رضوان الله عليهم.

له: أنَّ الأصلَ في مُوجَبِ الجِنايةِ أنْ يَجِبَ على المُتلِفِ لأنَّه هو الجاني، إلَّا أنَّ العاقلَةَ تَتحَمَّلُ عنه، ولا عاقلةَ للعبد؛ لأنَّ العَقْلَ عنده بالقَرابة، ولا قرابةَ بين العبدِ ومولاهُ، فَتَجِبُ في ذمَّتِهِ كما في الدَّين، ويتعلَّقُ برقَبَتِهِ يُباعُ فيه كما في الجناية على المال.

ولنا: أنَّ الأصلَ في الجنايةِ على الآدميِّ حالةَ الخطإِ أن تَتباعَدَ عن الجاني تَحرُّزاً عن استئصالِهِ والإجحاف به، إذ هو معذورٌ فيه حيثُ لم يَتعمَّدِ الجنايةَ، وتجبُ على عاقلةِ الجاني إذا كان له عاقلةٌ، والمولى عاقلَتُهُ؛ لأنَّ العبدَ يَستنصِرُ به، والأصلُ في العاقلةِ عندنا النُّصرةُ، حتَّى تجبُ على أهل الدِّيوان.

بخلافِ الذِّمِّي لأنَّهم لا يَتعاقلون فيما بينهم، فلا عاقلَةَ، فتجبُ في ذمَّتِهِ صيانةً للدَّمِ عن الهَدرِ.

وبخلاف الجنايةِ على المالِ؛ لأنَّ العواقلَ لا تَعقِلُ المالَ، إلَّا أنَّه[٢] يُخيَّرُ بين الدَّفعِ والفداءِ لأنَّه واحدٌ، وفي إثباتِ الخِيَرَةِ نوعُ تخفيفٍ في حقِّهِ كي لا يستأصل،

---

(١) فعنده الوجوبُ على العبدِ، فَيَتبَعُه المَجنيُّ عليه بعد العتقِ. وعندنا الوجوبُ على المولى دونَ العبدِ، فلا يَتبَعُه بعدَ العتقِ؛ لأنَّه بالعِتقِ صار مُختاراً للفداء. عناية.

(٢) أي: المولى.

فإنْ دَفَعَهُ مَلَكَهُ وَليُّ الجِنايةِ، وإنْ فَداهُ فَداهُ بأرشِها، وكلُّ ذلك يَلزَمُ حالاً، وأيُّهما اختارَهُ وفَعَلَهُ لا شيءَ لِوَليِّ الجنايةِ غيرُهُ، فإنْ عاد فَجَنَى كان حُكمُ الجِنايةِ الثَّانيةِ كَحُكمِ الجنايةِ الأولى.

غيرَّ أنَّ الواجبَ الأصليَّ هو الدَّفعُ في الصَّحيحِ، ولهذا يسقُطُ المُوجَبِ بِموتِ العبدِ لِفَواتِ مَحلِّ الواجب وإنْ كان له حقُّ النَّقلِ إلى الفداءِ، كما في مالِ الزَّكاة، بخلافِ موتِ الجاني الحُرِّ؛ لأنَّ الواجبَ لا يَتعلَّقُ بالحرِّ استيفاءً، فصار كالعبد في صدقةِ الفطر.

قال: (فإنْ دَفَعَهُ[1] مَلَكَهُ وَليُّ الجِنايةِ، وإنْ فَداهُ فَداهُ بِأرشِها، وكلُّ ذلك يَلزَمُ حالًّا)، أمَّا الدَّفعُ فلأنَّ التَّأجيلَ في الأعيانِ باطلٌ، وعندَ اختيارِهِ الواجبُ عينٌ[2]. وأمَّا الفِداءُ فلأنَّه جُعِلَ بدلاً عن العبدِ في الشَّرعِ وإن كان مُقدَّراً بالمُتلَفِ، ولهذا سُمِّي فداءً، فَيَقومُ مَقامَهُ ويأخذُ حُكمَهُ، فلهذا[3] وَجَبَ حالاً كالمُبدَلِ.

(وأيُّهما اختارَهُ وفَعَلَهُ لا شيءَ لِوَليِّ الجنايةِ غيرُهُ)، أمَّا الدَّفعُ فلأنَّ حقَّه مُتعلِّقٌ به، فإذا خلَّى بينه وبين الرَّقبةِ سَقَطَ. وأمَّا الفداءُ فلأنَّه لا حقَّ له إلَّا الأرش، فإذا أوفاه حقَّه سَلِمَ العبدُ له.

فإنْ لم يَختَرْ شيئاً حتَّى مات العبدُ بَطَلَ حقُّ المَجنيِّ عليه؛ لِفَواتِ محلِّ حقِّه على ما بيَّنَّاه، وإنْ مات بعدما اختارَ الفِداءَ لم يَبرأ؛ لِتَحوُّلِ الحقِّ من رقبةِ العبدِ إلى ذمَّةِ المولى.

قال: (فإنْ عاد فَجَنَى كان حُكمُ الجِنايةِ الثَّانيةِ كَحُكمِ الجنايةِ الأولى)، معناه: بعدَ الفداءِ؛ لأنَّه لمَّا طَهُر عن الجنايةِ بالفداءِ جُعِل كأن لم تكن، وهذا ابتداءُ جنايةٍ.

---

(١) أي: دفع المولى العبدَ في جنايةِ الخطأ.

(٢) أي: عين العبد.

(٣) أي: لكونِهِ قائماً مقامَهُ وآخذاً حكمَهُ.

وإنْ جَنَى جِنايَتَينِ قيل للمولى: إمَّا أنْ تَدفعَهُ إلى وَليَّي الجِنايَتَينِ يَقتَسِمانِهِ على قَدْرِ حَقَّيهما، وإمَّا أنْ تَفديَهُ بِأرشِ كلِّ واحدٍ منهما، وإنْ كانوا جماعةً يَقتَسِمُونَ العبدَ المَدفُوعَ على قَدْرِ حِصَصِهِم، وإنْ فَداهُ فَداهُ بِجَمِيعِ أُرُوشِهِم. ولو قَتَلَ واحداً وَفَقَأَ عينَ آخَرَ يَقتَسِمانِهِ أثلاثاً. ولِلمَولَى أنْ يَفدِيَ مِنْ بَعضِهِم ويَدفَعَ إلى بَعضِهِم مِقدارَ ما تَعَلَّقَ به حَقُّهُ من العبدِ. ....

قال: (وإنْ جَنَى جِنايَتَينِ قيل للمولى: إمَّا أنْ تَدفعَهُ إلى وَليَّي الجِنايَتَينِ يَقتَسِمانِهِ على قَدْرِ حَقَّيهما، وإمَّا أنْ تَفديَهُ بِأرشِ كلِّ واحدٍ منهما)؛ لأنَّ تَعلُّقَ الأولى برقبتِهِ لا يَمنَعُ تعلُّقَ الثَّانيةِ بها، كالدُّيونِ المُتلاحِقَةِ، ألا ترى أنَّ مِلكَ المَولَى لم يَمنَعْ تَعلُّقَ الجنايةِ، فحَقُّ المَجنيِّ عليه الأوَّلِ أولى أن لا يَمنَعَ.

ومعنى قوله: «على قَدرِ حَقَّيهما» على قَدْرِ أرشِ جِنايَتِهما.

(وإنْ كانوا[1] جماعةً يَقتَسِمُونَ العبدَ المَدفُوعَ على قَدْرِ حِصَصِهِم، وإنْ فَداهُ فَداهُ بِجَمِيعِ أُرُوشِهِم)؛ لِما ذكرنا[2].

(ولو قَتَلَ واحداً وَفَقَأَ عينَ آخَر يَقتَسِمانِهِ أثلاثاً)؛ لأنَّ أرشَ العينِ على النِّصفِ مِنْ أرشِ النَّفسِ، وعلى هذا حُكمُ الشَّجَّاتِ[3].

(ولِلمَولَى أنْ يَفدِيَ مِنْ بَعضِهِم ويَدفَعَ إلى بَعضِهِم مِقدارَ ما تَعَلَّقَ به حَقُّهُ من العبدِ)؛ لأنَّ الحقوقَ مُختلِفَةٌ باختلافِ أسبابها، وهي الجناياتُ المُختلِفَةُ[4].

---

(١) أي: أولياء القتيل جماعة.

(٢) يعني: قوله: «لأنَّ تَعلُّقَ الأولى برقبتِهِ لا يَمنَعُ تعلُّقَ الثَّانية». عناية.

(٣) يعني: لو شَجَّ رجلاً مُوضِحَةً، وآخَرَ هاشِمَةً، وآخَرَ مُنقِلَةً، ثمَّ اختار المَولَى الدَّفعَ يَدفَعُ إلى صاحبِ المُوضِحَةِ سُدُسَ العبدِ؛ لأنَّ له خمسمائة، وإلى صاحبِ الهاشِمَةِ ثُلُثَهُ لأنَّ له ألفاً، وإلى صاحبِ المُنقِلَةِ نِصفَهُ لأنَّ له ألفاً وخَمسمائة، فيقتسمون الرَّقبَةَ هكذا. عناية.

(٤) يعني: فجاز أن يَختارَ في أَحَدِهِم خِلافَ ما اختاره في حقِّ الآخَرِ، كما لو انفرَدَ كلُّ واحدٍ منهم. عناية.

فإنْ أعتَقَهُ المَولَى - وهو لا يَعلَمُ بالجِنايةِ - ضَمِنَ الأقلَّ من قيمتِهِ ومن أرشِها، وإنْ أعتَقَهُ بعدَ العِلمِ بالجِنايةِ وَجَبَ عليه الأرشَ. ....

بخلافِ مَقتولِ العبدِ إذا كان له وَليَّانِ، لم يكن له أن يَفدِيَ مِنْ أحدِهما ويَدفَعَ إلى الآخرِ؛ لأنَّ الحَقَّ مُتَّحدٌ لاتِّحادِ سببِهِ، وهي الجِنايةُ المُتَّحدةُ.

والحقُّ يجبُ للمقتولِ[1]، ثمَّ للوارثِ خلافةً عنه، فلا يَملِكُ التَّفريقَ في مُوجَبِها.

قال: (فإنْ أعتَقَهُ المَولَى - وهو لا يَعلَمُ بالجِنايةِ - ضَمِنَ الأقلَّ من قيمتِهِ ومن أرشِها، وإنْ أعتَقَهُ بعدَ العِلمِ بالجِنايةِ وَجَبَ عليه الأرشَ)؛ لأنَّ في الأوَّلِ فوَّتَ حقَّه فَيَضمَنُهُ وحقَّه في أقلِّهما، ولا يَصيرُ مختاراً للفِداءِ؛ لأنَّه لا اختيارَ بدونِ العلم، وفي الثَّاني صار مختاراً؛ لأنَّ الإعتاقَ يَمنَعُهُ من الدَّفعِ، فالإقدامُ عليه اختيارٌ منه للآخَرِ.

وعلى هذين الوَجهينِ[2] البيعُ والهِبةُ والتَّدبيرُ والاستيلادُ؛ لأنَّ كلَّ ذلك مِمَّا يَمنَعُ الدَّفعَ لِزَوالِ المِلكِ به، بخلافِ الإقرارِ على روايةِ الأصلِ[3]؛ لأنَّه لا يَسقُطُ به حقُّ وليِّ الجنايةِ، فإنَّ المُقَرَّ له يُخاطَبُ بالدَّفعِ إليه، وليس فيه نَقلُ الملكِ لِجَوازِ أن يكونَ الأمرُ كما قاله المُقِرُّ.

---

(١) جواب عمَّا يقال: الحقُّ وإن كان متَّحداً بالنَّظرِ إلى السَّببِ، فهو مُتعدِّدٌ بالنَّظرِ إلى المُستحقِّين، فكان الواجبُ أن يكونَ حكمُ هذه المسألةِ مِثلَ الأولى.
ووجه الجواب: أنَّا لا نُسلِّمُ أن المُستحِقَّ مُتعدِّدٌ، بل هو واحدٌ لأنَّ الحقَّ يجبُ للمقتول ... إلخ. عناية.

(٢) يعني: قبلَ العلم وبعدَهُ.

(٣) يعني: إذا جنى العبدُ جنايةً، فقال وليُّها: «هو عبدُكَ فادْفَعْهُ أوِ افْدِهِ»، فقال: «هو لفلانٍ الغائب وَديعةٌ عندي، أو عاريَّةٌ، أو إجارةٌ، أو رَهنٌ» لا يصيرُ مختاراً للفداءِ لِما ذَكَرَ في الكتاب، ولم تندفع عنه الخُصومةُ حتَّى يُقيمَ على ذلك بيِّنةً، إنْ أقامَها أُخِّرَ الأمرُ إلى قدومِ الغائبِ، وإن لم يُقِمْها خُوطِبَ بالدَّفعِ أو الفداءِ، ولا يصيرُ مختاراً للدِّيةِ مع تَمكُّنِهِ من الدَّفع. عناية.

وألحَقَه[1] الكرخيُّ بالبيع وأخواتِهِ[2]؛ لأنَّه مِلكُه في الظَّاهرِ، فَيستحقُّه المُقَرُّ له بإقرارِهِ، فأشبَهَ البيعَ.

وإطلاقُ الجوابِ[3] في الكتابِ يَنتظِمُ النَّفسَ وما دونَها[4]، وكذا المعنى لا يَختلِفُ[5].

وإطلاقُ البيعِ يَنتظِمُ البيعَ بِشَرطِ الخيارِ للمشتري[6]؛ لأنَّه يُزيلُ المِلكَ، بخلافِ ما إذا كان الخيارِ للبائعِ ونَقَضَهُ، وبخلافِ العَرْضِ على البيعِ[7]؛ لأنَّ المِلكَ ما زال.

ولو باعَهُ بيعاً فاسداً لم يَصِرْ مختاراً حتَّى يُسلِّمَهُ؛ لأنَّ الزَّوالَ به، بخلافِ الكتابةِ الفاسدةِ[8]؛ لأنَّ مُوجَبَها يَثبُتُ قبلَ قَبضِ البَدَلِ، فيصيرُ بنفسِهِ[9] مختاراً.

ولو باعَهُ مولاه من المَجنيِّ عليه فهو مختارٌ، بخلافِ ما إذا وَهَبَه منه؛ لأنَّ المُستَحَقَّ له أخذُهُ بغَيرِ عِوَضٍ، وهو مُتحقِّقٌ في الهبةِ دونَ البيعِ.

وإعتاقُ المَجنيِّ عليه بأمرِ المَولَى بمنزلةِ إعتاقِ المَولَى فيما ذكرناه؛ لأنَّ فِعلَ المأمورِ مُضافٌ إليه.

ولو ضَرَبَه فَنَقَصَهُ فهو مختارٌ إذا كان عالماً بالجنايةِ؛ لأنَّه حبَسَ جُزءاً منه.

---

(١) الضَّمير راجعٌ إلى الإقرار.

(٢) يعني: في صيرورتِهِ مختاراً. بناية.

(٣) يريد قولَهُ: «ضَمِنَ الأقلَّ من قيمتِهِ ومن أرشِها ...» إلخ. بناية.

(٤) لأنَّ الجناية أعمُّ من أن تكون على النَّفس أو على ما دونها. بناية.

(٥) أي: المعنى الذي يكون به مختاراً للفداء، أو لا يكون مختاراً، لا يختلف سواء كانت الجنايةُ على النَّفسِ أو على ما دونها، لأنَّ كلَّ واحدٍ منها مالٌ.

(٦) يعني: إذا باع مولى العبدِ الجاني العبدَ بشرطِ الخيارِ للمشتري، كان ذلك اختياراً منه للفداءِ.

(٧) يعني: لا يكون مختاراً به.

(٨) بأن كاتَبَ المُسلمُ عبدَهُ الجاني على خمرٍ أو خنزير، فإنَّه يصيرُ مختاراً للفداءِ؛ لأنَّ مُوجَبَ عقدِ المكاتبَةِ - وهو تعليق العتقِ بالأداء - يثبتُ بنفس العقد، أي: قبل قبضِ البدلِ.

(٩) أي: بنَفسِ العقدِ.

ومَنْ قال لِعَبدِهِ: «إنْ قَتَلْتَ فلاناً، أو رَمَيتَهُ، أو شَجَجْتَهُ فأنتَ حُرٌّ»، فهو مُختارٌ للفداء إنْ فَعَلَ ذلك. ....

وكذا إذا كانت بِكراً فَوَطِئها وإنْ لم يكن مُعلِقاً[١]؛ لِما قلناً[٢]. بخلاف التَّزويجِ[٣] لأنَّه عيبٌ من حيثُ الحُكمُ. وبخلافِ وَطءِ الثَّيِّبِ على ظاهرِ الرِّوايةِ لأنَّه لا يُنقِصُ من غيرِ إعلاقٍ، وبخلافِ الاستخدامِ لأنَّه لا يَختَصُّ بالمِلكِ[٤]، ولهذا لا يَسقُطُ به خيارُ الشَّرطِ.

ولا يصيرُ مُختاراً بالإجارةِ والرَّهنِ في الأظهرِ من الرِّواياتِ، وكذا بالإذنِ في التِّجارةِ وإن رَكِبَهُ دينٌ؛ لأنَّ الإذنَ لا يُفوِّتُ الدَّفعَ ولا يُنقِصُ الرَّقبةَ، إلَّا أنَّ لِوَليِّ الجِنايةِ أن يَمتنِعَ من قَبولِهِ؛ لأنَّ الدَّين لَحِقَه من جهةِ المولى، فَلَزِمَ المولى قيمَتُهُ.

قال: (ومَنْ قال لِعَبدِهِ: «إنْ قَتَلْتَ فلاناً، أو رَمَيتَهُ، أو شَجَجْتَهُ فأنتَ حُرٌّ»، فهو مُختارٌ للفداء إنْ فَعَلَ ذلك). وقال زفر: لا يَصيرُ مختاراً للفداءِ؛ لأنَّ وقتَ تَكلُّمِهِ لا جنايةَ، ولا عِلمَ له بوجودِهِ، وبعدَ الجنايةِ لم يُوجَدْ منه فِعلٌ يَصيرُ به مُختاراً، ألا ترى أنَّه لو علَّقَ الطَّلاقَ أو العِتاقَ بالشَّرطِ، ثمَّ حَلَفَ أنْ لا يُطلِّقَ أو لا يُعتِقَ، ثمَّ وُجِدَ الشَّرطُ وثَبَتَ العِتقُ والطَّلاقُ، لا يَحنَثُ في يمينِهِ تلك، كذا هذا.

ولنا: أنَّه علَّقَ الإعتاقَ بالجنايةِ، والمُعلَّقُ بالشَّرطِ يَنزِلُ عندَ وُجودِ الشَّرطِ كالمُنجَزِ، فصار كما إذا أعتَقَهُ بعدَ الجنايةِ، ألا يُرى أنَّ مَن قال لامرأته:

---

(١) قيَّد بقوله: «وإن لم يكم معلِقاً» لإثباتِ الفرق بينَ وطءِ البكر والثَّيِّبِ؛ لأنَّه بوطءِ الثَّيِّبِ لا يكونُ مختاراً للفداءِ ما لم يكن معلِقاً في ظاهر الرِّواية. لكنوي

(٢) أي: من أنَّه حبَسَ جزءاً منه.

(٣) يعني: لا يصيرُ به مختاراً للفداءِ؛ لأنَّه لا يُعجِزُهُ عن الدَّفعِ، كما لا يُعجِزُهُ عن البيع. عناية.

(٤) يعني: لو استخدم المولى العبدَ الجاني بعدَ العلمِ بالجنايةِ، لا يكونُ مختاراً للفداء، حتَّى لو عَطِبَ في الخدمةِ لا ضمانَ عليه؛ لأنَّ الاستخدامَ لا يَختَصُّ بالمِلكِ، فلم يدلَّ على الاختيار.

وإذا قَطَعَ العبدُ يَدَ رجلٍ عمداً، فَدُفِعَ إليه بِقَضاءٍ أو بِغَيرِ قضاءٍ، فأعتَقَهُ، ثمَّ ماتَ مِنْ قَطعِ اليدِ، فالعبدُ صُلْحٌ بالجنايةِ، وإنْ لم يُعتِقْهُ رُدَّ على المولى، وقيل للأولياءِ: اُقتُلُوه، أوِ اعفُوا عنه.

«إنْ دخلتِ الدَّارَ فواللهِ لا أقربُكِ» يصيرُ ابتداءُ الإيلاءِ من وَقتِ الدُّخولِ، وكذا إذا قال لها: «إذا مَرِضتُ فأنتِ طالقٌ ثلاثاً» فَمرِضَ حتَّى طَلُقَت، وماتَ من ذلك المَرضِ يصيرُ فارّاً؛ لأنَّه يصيرُ مُطلِّقاً بعدَ وُجودِ المرضِ.

بخلافِ ما أورَدَ لأنَّ غَرَضَه طلاقٌ أو عِتقٌ يُمكِنُهُ الامتناعُ عنه، إذِ اليمينُ للمَنعِ، فلا يدخلُ تحتَهُ ما لا يُمكِنُهُ الامتناعُ عنه، ولأنَّه حرَّضَهُ على مباشرةِ الشَّرطِ[١] بتعليقِ أقوى الدَّواعي إليه، والظَّاهرُ أنَّه يَفعَلُه، فهذا دلالةُ الاختيار.

قال: (وإذا قَطَعَ العبدُ يَدَ رجلٍ عمداً، فَدُفِعَ إليه بِقَضاءٍ أو بِغَيرِ قضاءٍ، فأعتَقَهُ، ثمَّ ماتَ مِنْ قَطعِ اليدِ، فالعبدُ صُلْحٌ بالجنايةِ[٢]، وإنْ لم يُعتِقْهُ رُدَّ على المولى، وقيل للأولياءِ: اُقتُلُوه، أوِ اعفُوا عنه).

ووجهُ ذلك[٣]: وهو أنَّه إذا لم يُعتِقْهُ وسَرَى، تبيَّنَ أنَّ الصُّلحَ[٤] وَقَعَ باطلاً؛ لأنَّ الصُّلحَ كان عن المالِ؛ لأنَّ أطرافَ العبدِ لا يَجري القِصاصُ بينها وبين أطرافِ الحُرِّ، فإذا سَرَى تبيَّنَ أنَّ المالَ غيرُ واجبٍ، وإنَّما الواجبُ هو القَوَدُ، فكان الصُّلحُ واقعاً بغيرِ بدَلٍ، فبَطَلَ[٥]، والباطلُ لا يُورِثُ الشُّبهةَ، كما إذا وَطِئَ المُطلَّقةَ الثَّلاثَ في عِدَّتِها مع العِلمِ بِحُرمَتِها عليه، فَوَجَبَ القِصاصُ.

---

(١) أي: المَولَى حرَّضَ العبدَ على مباشرةِ الشَّرطِ، وهو القتلُ أو الرَّميُ أو الشَّجُّ. عناية.

(٢) أي: العبدُ بدلُ صُلحٍ بالجنايةِ وما يتولَّد عنها.

(٣) يريد بيانَ الفَرقِ بينَ ما إذا أُعتِقَ وبينَ ما إذا لم يُعتَقْ. عناية.

(٤) أي: دفعُ العبد.

(٥) لأنَّ الذي وقع الصُّلحُ عنه - وهو المال - قد زال، والذي وجد من القتل لم يكن وقتَ الصُّلحِ فبَطَل. بناية.

بخلافِ ما إذا أعتَقَهُ؛ لأنَّ إقدامَهُ على الإعتاقِ يدلُّ على قَصدِهِ تَصحيحَ الصُّلحِ؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ مَنْ أقدَمَ على تَصرُّفٍ يَقصِدُ تَصحيحَهُ، ولا صِحَّةَ له[1] إلَّا وأن يُجعَلَ صُلحاً عن الجنايةِ وما يَحدُثُ منها، ولهذا لو نَصَّ عليه[2] ورَضِيَ المولى به يَصحُّ، وقد رَضِيَ المولى به؛ لأنَّه لمَّا رَضِيَ بِكَونِ العبدِ عِوَضاً عن القليلِ يكونُ أرضى بِكَونِهِ عِوَضاً عن الكثيرِ، فإذا أُعتِقَ يَصِحُّ الصُّلحُ في ضِمنِ الإعتاقِ ابتداءً، وإذا لم يُعتَقْ لم يُوجَدِ الصُّلحُ ابتداءً، والصُّلحُ الأوَّلُ وقَعَ باطلاً، فَيُرَدُّ العبدُ إلى المولى، والأولياءُ على خِيرَتِهِم في العَفوِ والقَتلِ.

وذكر في بعضِ النُّسخِ[3]: رجلٌ قَطَعَ يَدَ رجلٍ عمداً، فصالَحَ القاطعُ المَقطوعَةَ يَدُهُ على عبدٍ ودَفَعَه إليه، فأعتَقَهُ المَقطُوعةُ يدُهُ ثمَّ ماتَ من ذلك، فالعبدُ صُلْحٌ بالجنايةِ، إلى آخرِ ما ذكرنا من الرِّوايةِ[4].

وهذا الوَضعُ يَرُدُّ إشكالاً فيما إذا عَفا عن اليدِ ثمَّ سَرَى إلى النَّفسِ وماتَ، حيثُ لا يجبُ القِصاصُ هنالك، وهاهنا قال: يجب.

قيل: ما ذُكِر هاهنا[5] جوابُ القياسِ، فيكون الوَضعانِ جميعاً على القياسِ والاستحسان.

وقيل: بينهما فرقٌ، ووجهُهُ: أنَّ العفوَ عن اليدِ صَحَّ ظاهراً؛ لأنَّ الحقَّ كان له في اليدِ من حيثُ الظَّاهرُ، فيصحُّ العفوُ ظاهراً[6]، فبعدَ ذلك وإن بَطَلَ حكماً[7] يبقى موجوداً حقيقةً، فكفى ذلك لِمَنعِ وُجوبِ القِصاص.

---

(١) أي: لهذا الصُّلح.

(٢) أي: على أن يكونَ العبدُ صلحاً عن الجنايةِ وما يحدثُ منها.

(٣) أي: نُسَخِ الجامع الصَّغير.

(٤) يعني: وإن لم يُعتِقْه رُدَّ إلى مولاه، ويُجعَلُ الأولياءُ على خِيرَتِهِم بينَ القتلِ والعفو. عناية.

(٥) أي: من وجوبِ القصاصِ. وما ذُكِر هناك جوابُ الاستحسان.

(٦) أي: وتبطل به الجناية. بناية.

(٧) أي: وإن بطل حكمُ العفوِ بالسِّرايةِ.

وإذا جَنَى العبدُ المأذونُ له جنايةً وعليه ألفُ درهمٍ، فأعتقَهُ المَولَى ولم يَعلَمْ بالجنايةِ فعلَيهِ قيمتان: قِيمةٌ لصاحِبِ الدَّينِ، وقيمةٌ لأولياءِ الجِنايةِ. ....

أمَّا هاهنا الصُّلحُ لا يُبطِلُ الجنايةَ، بل يُقرِّرها حيثُ صالَحَ عنها على مال، فإذا لم يُبطِلِ الجنايةَ لم تَمتنعِ العقوبةُ، هذا إذا لم يُعتِقْه، أمَّا إذا أعتقه فالتَّخريجُ ما ذكرناه من قبل[(١)].

قال: (وإذا جَنَى العبدُ المأذونُ له جنايةً وعليه ألفُ درهمٍ، فأعتقَهُ المَولَى ولم يَعلَمْ بالجنايةِ[(٢)] فعلَيهِ قيمتان: قِيمةٌ لصاحِبِ الدَّينِ، وقيمةٌ لأولياءِ الجِنايةِ)؛ لأنَّه أتلَفَ حقَّينِ، كلُّ واحدٍ منهما مَضمونٌ بكلِّ القيمةِ على الانفرادِ: الدَّفعُ للأولياءِ، والبيعُ للغُرَماءِ، فكذا عند الاجتماعِ.

ويُمكِنُ الجَمْعُ بينَ الحقَّينِ إيفاءً من الرَّقبةِ الواحدةِ، بأن يُدفَعَ إلى وليِّ الجنايةِ، ثمَّ يُباعُ لِلغُرَماءِ، فَيَضمَنُهما[(٣)] بالإتلاف[(٤)].

(١) وهو قوله: «لأنَّ إقدامَهُ على الإعتاقِ يدلُّ على قصده ...» إلخ. عناية.

(٢) قيَّد المسألةَ بعَدَمِ العلم لِيَبنيَ عليه «فعليه قيمتان»؛ لأنَّه لو أعتقَه وهو عالمٌ بالجنايةِ كان عليه الدِّيةُ إذا كانت الجنايةُ في النَّفسِ لأوليائها، وقيمةُ العبدِ لصاحبِ الدَّينِ؛ لأنَّ الإعتاقَ بعد العلمِ بالجنايةِ يُوجِبُ الأرشَ دونَ القيمةِ، وقد مَرَّ. عناية.

(٣) أي: يضمنُ المولى القيمتين.

(٤) والأصلُ: أنَّ العبد إذا جَنَى وعليه دَينٌ يُخيَّرُ المَولَى بينَ الدَّفعِ والفداءِ، فإن دَفَعَ بِيعَ في دَينِ الغُرماءِ، فإن فَضَلَ شيءٌ كان لأصحابِ الوَلاء.
وإنَّما بدأنا بالدَّفعِ؛ لأنَّ به توفيرَ الحقَّينِ، فإنَّ حقَّ وليِّ الجنايةِ يصيرُ مُوفًّى بالدَّفعِ، ثمَّ يُباعُ بعدَهُ لأربابِ الدُّيونِ، ومتى بدأنا بِدَفعِهِ في الدَّينِ تَعذَّرَ الدَّفعُ بالجِناية. عناية
فإن قيل: ما فائدةُ الدَّفعِ إذا كان البيعُ بالدَّينِ بعده واجبا؟
أجيب بأنَّها إثباتُ حقِّ الاستخلاصِ لوليِّ الجنايةِ بالفداءِ بالدَّينِ، فإنَّ للنَّاسِ في الأعيانِ أغراضاً، وإنَّما لم يَبطُلِ الدَّينُ بحدوثِ الجنايةِ؛ لأنَّ مُوجَبَها صيرورتُهُ حرّاً، فإذا كان مشغولاً وجب دفعُهُ مَشغولاً، ثمَّ إذا بِيعَ وفَضَلَ من ثمنِهِ شيءٌ صُرِفَ إلى أولياء الجنايةِ؛ لأنَّه بِيعَ على مِلكِهِم، وإن لم يَفِ بالدَّينِ تأخَّرَ إلى حال الحرِّيَّةِ كما لو بِيعَ على مِلك المولى الأوَّل.

وإذا استَدانَتِ الأمَةُ المأذونُ لها أكثَرَ مِنْ قِيمَتِها، ثمَّ وَلَدَتْ، فإنَّه يُباعُ الوَلَدُ معها في الدَّينِ، وإنْ جَنَتَ جِنايةً لم يُدفَعِ الوَلَدُ معها. وإذا كان العبدُ لرجلٍ زَعَمَ رجلٌ آخَرُ أنَّ مَولاهُ أعتَقَهُ، فقَتَلَ العبدُ وَليّاً لذلك الرَّجلِ الزَّاعِمِ خَطأً، فلا شيءَ له.

بخلافِ ما إذا أتلَفَه أجنبيٌّ، حيثُ تجبُ قيمةٌ واحدةٌ للمولى، ويَدفَعُها المولى إلى الغرماء؛ لأنَّ الأجنبيَّ إنَّما يَضمَنُ للمولى بِحُكمِ المِلكِ، فلا يظهرُ في مُقابلتِهِ الحقُّ[1] لأنَّه دونه[2]، وهاهنا يجبُ لكلِّ واحدٍ منهما بإتلافِ الحقِّ، فلا ترجيح فيظهران[3]، فَيَضمَنُهما[4].

قال: (وإذا استَدانَتِ الأمَةُ المأذونُ لها أكثَرَ مِنْ قِيمَتِها، ثمَّ وَلَدَتْ، فإنَّه يُباعُ الوَلَدُ معها في الدَّينِ، وإنْ جَنَتَ جِنايةً لم يُدفَعِ الوَلَدُ معها).

والفرقُ: أنَّ الدَّينَ وَصفٌ حكميٌّ فيها، واجبٌ في ذِمَّتِها، مُتعلِّقٌ بِرَقَبَتِها استيفاءً[5]، فَيَسري إلى الولدِ، كولَدِ المَرهونةِ. بخلافِ الجنايةِ؛ لأنَّ وُجوبَ الدَّفعِ في ذِمَّةِ المولى لا في ذِمَّتِها[6]، وإنَّما يُلاقيها أثَرُ الفعلِ الحقيقيِّ، وهو الدَّفعُ، والسِّرايةُ في الأوصافِ الشَّرعيَّةِ دونَ الأوصافِ الحقيقيَّةِ[7].

قال: (وإذا كان العبدُ لرجلٍ زَعَمَ رجلٌ آخَرُ أنَّ مَولاهُ أعتَقَهُ، فقَتَلَ العبدُ وَليّاً لذلك الرَّجلِ الزَّاعِمِ خَطأً، فلا شيءَ له)؛ لأنَّه لمَّا زعم أنَّ مولاهُ أعتَقَه فقد ادَّعى

---

(١) أي: حقُّ الدَّفعِ.

(٢) أي: حقُّ الدَّفع دونَ المِلكِ، فيكونُ الحقُّ مرجوحاً في مقابلةِ المِلكِ.

(٣) أي: فلا ترجيح لأحدهما على الآخر؛ لأنَّ حقَّهما مرجوح بالنِّسبة إلى ملك المولى، فلا يظهر حكمهما

(٤) أي: يَضمَنُ المولى القِيمَتَين. والله أعلم

(٥) يعني: صار المولى ممنوعاً من التَّصرُّفِ في رَقَبَتِها ببيعٍ أو هبةٍ أو غيرِهما، فكانت من الأوصافِ الشَّرعيَّةِ القارَّةِ في الأمِّ، فتسري إلى الولد كالكتابةِ والتَّدبيرِ والرَّهن. عناية.

(٦) فلا يتعلَّقُ بالولد.

(٧) بناءً على أنَّ الوصفَ الحقيقيَّ في محلٍّ لا يُمكِنُ أن يَنتقِلَ إلى غيرِهِ، وأمَّا الوَصفُ الشَّرعيُّ فهو أمرٌ اعتباريٌّ يتحوَّلُ بتحوُّلِهِ. عناية.

وإذا أعتَقَ العبدَ فقال لِرَجلٍ: «قتلتُ أخاكَ خطأً وأنا عبدٌ»، وقال الآخَرُ: «قتلتَهُ وأنت حُرٌّ» فالقولُ قولُ العبدِ. ومَنْ أعتَقَ جاريةً ثمَّ قال لها: «قَطَعتُ يدَكِ وأنتِ أمَتِي»، وقالت: «قَطَعْتَها وأنا حرَّةٌ» فالقولُ قولُها، وكذلك كلُّ ما أَخَذَهُ منها إلَّا الجماعَ والغَلَّةَ استحساناً، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ....

الدِّيَةَ على العاقلَةِ وأبرأ العبدَ والمولى[1]، إلَّا أنَّه لا يُصدَّقُ على العاقلَةِ من غير حجَّةٍ.

قال: (وإذا أعتَقَ العبدَ فقال لِرَجلٍ: «قتلتُ أخاكَ خطأً وأنا عبدٌ»، وقال الآخَرُ: «قتلتَهُ وأنت حُرٌّ» فالقولُ قولُ العبدِ)؛ لأنَّه مُنكِرٌ للضَّمانِ لِما أنَّه أسنَدَهُ إلى حالةٍ مَعهودةٍ منافيةٍ للضَّمانِ، إذِ الكلامُ فيما إذا عُرِفَ رِقُّهُ، والوجوبُ في جنايةِ العبدِ على المَولَى دفعاً أو فِداءً، وصار كما إذا قال البالغُ العاقلُ: «طلَّقتُ امرأتي وأنا صبيٌّ، أو بِعتُ داري وأنا صبيٌّ»، أو قال: «طلَّقتُ امرأتي وأنا مجنونٌ، أو بِعتُ داري وأنا مجنونٌ»، وقد كان جنونُهُ معروفاً، كان القولُ قولَهُ[2] لِما ذكرنا[3].

قال: (ومَنْ أعتَقَ جاريةً ثمَّ قال لها: «قَطَعتُ يدَكِ وأنتِ أمَتِي»، وقالت: «قَطَعْتَها وأنا حرَّةٌ» فالقولُ قولُها، وكذلك كلُّ ما أَخَذَهُ منها إلَّا الجماعَ والغَلَّةَ[4] استحساناً، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف).

---

(١) يعني: من كلِّ الدِّية لا من قِسطِهِ فيها، وأبرأ المولى لأنَّه لم يَدَّعِ عليه بعد الجنايةِ إعتاقاً حتَّى يصير به مختاراً للفداء إن عَلِمَ بذلك، أو مُستهلِكاً حقَّ المَجنيِّ عليه إن لم يعلم، وكذلك لم يكن له سبيلٌ على أخذِ العبدِ بعدَ هذا الإقرارِ، ولا على المولى بشيءٍ، ولا على العاقلةِ إلَّا بحُجَّة. عناية.

(٢) يعني: مع يمينه.

(٣) إشارة إلى قوله: «لأنَّه منكرٌ للضَّمان». عناية.

(٤) وذلك أن يقول لها: «جامَعْتُكِ وأنتِ أمَتِي، أو أخذتُ منكِ غَلَّةَ عَمَلِكِ وأنتِ أمَتِي»، وقالت: «بل كان ذلك بعد العتقِ»، فإنَّ القولَ قولُ المُقِرِّ الذي هو المولى استحساناً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال محمد: لا يَضمَنُ إلَّا شيئاً قائماً بِعَينِهِ يُؤمَرُ بِرَدِّهِ عليها. ....

(وقال محمد: لا يَضمَنُ إلَّا شيئاً قائماً بِعَينِهِ يُؤمَرُ بِرَدِّهِ عليها[١])؛ لأنَّه مُنكِرٌ وُجوبَ الضَّمانِ؛ لإسنادِهِ الفِعلَ إلى حالةٍ معهودةٍ منافيةٍ له، كما في المسألةِ الأولى، وكما في الوطء والغَلَّةِ.

وفي الشَّيءِ القائمِ أقَرَّ بِيَدِها حيثُ اعتَرَفَ بالأخذِ منها، ثمَّ ادَّعَى التَّملُّكَ عليها وهي مُنكِرةٌ، والقولُ قولُ المُنكِرِ، فلهذا يُؤمَرُ بالرَّدِّ إليها.

ولهما: أنَّه أقَرَّ بسببِ الضَّمانِ ثمَّ ادَّعى ما يُبرِّئه، فلا يكونُ القولُ قولَهُ، كما إذا قال لغيره: «فقأتُ عينكَ اليُمنى وعيني اليُمنَى صحيحةٌ، ثمَّ فُقِئت[٢]»، وقال المُقَرُّ له: «لا بل فَقأتَها وعينُكَ اليمنى مَفقوءَةٌ[٣]» فإنَّ القولَ قولُ المُقَرِّ له، وهذا لأنَّه[٤] ما أسنَدَهُ[٥] إلى حالةٍ مُنافيةٍ للضَّمانِ؛ لأنَّه يَضمَنُ يَدَها لو قَطَعَها وهي مَديونةٌ، وكذا يَضمَنُ مالَ الحربيِّ إذا أخَذَهُ وهو مُستأمَنٌ[٦].

بخلافِ الوطءِ والغَلَّةِ؛ لأنَّ وَطءَ المولى أمَتَهُ المَديونةَ لا يُوجِبُ العَقْرَ، وكذا أخذُهُ من غَلَّتِها وإن كانت مديونةً لا يُوجِبُ الضَّمانَ عليه، فحَصَلَ الإسنادُ إلى حالةٍ مَعهودةٍ مُنافيةٍ للضَّمانِ.

---

(١) يعني: لو كان أقَرَّ بأخذِ شيءٍ منها بِعَينِهِ، والمأخوذُ قائمٌ في يدِهِ، واختَلَفا فيه على هذا الوجه، فإنَّ الرَّدَّ فيه مُجمَعٌ عليه. عناية.

(٢) أي: ذهبت عيني اليمنى وسَقَطَ القَوَد. وهذا بناء على أنَّ جِنسَ العُضوِ المُتلَفِ إن كان صحيحاً حالَ الإتلافِ ثمَّ تَلِفَ سَقَطَ القِصاصُ، بناءً على أصلِ أصحابنا رَحِمَهُمُ اللهُ أنَّ مُوجَبَ العمدِ القَوَدُ على سبيل التَّعيين، وله العُدُولُ إلى المالِ، فقبلَ العُدولِ إذا فاتَ المحلُّ بطَلَ الحَقُّ. عناية.

(٣) يريد به وُجوبَ نصفِ الدِّيةِ عليه.

(٤) أي: المُقِرّ.

(٥) أي: ما أسند سببَ الضَّمانِ، وهو الأخذُ أو القطعُ.

(٦) في العناية: هذا ليس له تَعلُّقٌ بما نحن فيه من مسألة القَطعِ، لكنَّه ذكَرَه بياناً لمسألةٍ أخرى صورَتُها: مسلمٌ دخل دارَ الحربِ بأمانٍ وأخَذَ مالَ حربيٍّ، ثمَّ أسلم الحربيُّ، ثمَّ خرجا إلينا، فقال له المسلمُ: «أخذتُ منكَ مالاً وأنتَ حربيٌّ»، فقال: «بل أخذتَ منِّي وأنا مسلمٌ» فإنَّها على الخلاف.

وإذا أَمَرَ العبدُ المَحجورُ عليه صبيّاً حُرّاً بِقتلِ رجلٍ، فقتَلَهُ، فعَلَى عاقلةِ الصَّبيِّ الدِّيةُ ولا شيءَ على الآمِرِ، وكذلك إنْ أمَرَ عبداً يُخاطَبُ مَولَى القاتِلِ بالدَّفعِ أو الفِداءِ. وإذا قَتَلَ العبدُ رَجلَينِ عَمداً، ولكلِّ واحدٍ منهما وَليَّانِ، فَعَفا أحدُ وَليَّيْ كلِّ واحدٍ منهما، فإنَّ المَولَى يَدْفَعُ نِصفَهُ إلى الآخَرينِ أو يَفْدِيَهُ بِعَشرةِ آلافِ دِرهمٍ، ......

قال: (وإذا أمَرَ العبدُ المَحجورُ عليه صبيّاً حُرّاً بقَتلِ رجلٍ، فقتَلَهُ، فعَلَى عاقلةِ الصَّبيِّ الدِّيةُ)؛ لأنَّه هو القاتلُ حقيقةً، وعمدُهُ وخطؤُهُ سواءٌ على ما بيَّنَّا من قبلُ[1]، (ولا شيءَ على الآمِرِ)، وكذا إذا كان الآمرُ صبيّاً؛ لأنَّهما لا يُؤاخَذانِ بأقوالهما؛ لأنَّ المُؤاخَذَةَ فيها باعتبارِ الشَّرعِ، وما اعتبَرَ قولَهما.

ولا رجوعَ لعاقلةِ الصَّبيِّ على الصَّبيِّ الآمرِ أبداً، ويَرجِعونَ على العبدِ الآمِرِ بعد الإعتاقِ؛ لأنَّ عدَمَ الاعتبارِ لحقِّ المولى، وقد زال، لا لِنُقصانِ أهليَّةِ العبدِ، بخلافِ الصَّبيِّ لأنَّه قاصرُ الأهليَّةِ.

قال: (وكذلك إنْ أمَرَ عبداً)، معناه: أن يكونَ الآمِرُ عبداً والمأمورُ عبداً مَحجُوراً عليهما، (يُخاطَبُ مَولَى القاتِلِ بالدَّفعِ أو الفِداءِ)، ولا رُجوعَ له على الأوَّلِ في الحالِ، ويجبُ أن يَرجِعَ بعدَ العتقِ بأقَلَّ من الفداءِ وقيمةِ العبدِ؛ لأنَّه غيرُ مضطَّرٍّ في دَفعِ الزِّيادةِ، وهذا إذا كان القتلُ خطأً، وكذا إذا كان عمداً والعبدُ القاتلُ صغيراً؛ لأنَّ عمدَهُ خطأٌ، أمَّا إذا كان كبيراً يجبُ القِصاصُ لِجَريانِهِ بينَ الحُرِّ والعبدِ.

قال: (وإذا قَتَلَ العبدُ رجلَينِ عَمداً، ولكلِّ واحدٍ منهما وَليَّانِ، فَعَفا أحدُ وَليَّيْ كلِّ واحدٍ منهما، فإنَّ المَولَى يَدْفَعُ نِصفَهُ إلى الآخَرينِ أو يَفْدِيَهُ بِعَشرةِ آلافِ دِرهم)؛ لأنَّه لمَّا عفا أحدُ وَليَّيْ كلِّ واحدٍ منهما سَقَطَ القِصاصُ وانقلَبَ مالاً، فصار كما لو وَجَبَ المالُ من الابتداءِ، وهذا لأنَّ حقَّهم في الرَّقبةِ أو في عِشرينَ ألفاً، وقد سَقَطَ نَصيبُ العافِينَ - وهو النِّصف - وبقي النِّصفُ.

---

(١) إشارة إلى ما ذكره قُبيلَ فصلِ الجنين. عناية.

فإنْ كانَ قَتَلَ أَحَدَهُما عمداً والآخَرَ خَطَأً، فَعَفا أحدُ وَلِيَّي العَمدِ، فإنْ فَداهُ المولَى فَداهُ بِخَمسَةَ عشَرَ ألفاً، خمسةَ آلافٍ للذي لم يَعفُ مِنْ وَلِيَّي العَمدِ، وعشرةَ آلافٍ لِوَلِيَّي الخطأ، وإنْ دَفَعَهُ دَفَعَهُ إليهم أثلاثاً: ثُلُثاهُ لِوَلِيَّي الخَطإِ، وثُلُثُهُ لِغَيرِ العافي مِنْ وَلِيَّي العمدِ عند أبي حنيفة، وقالا: يَدفَعُهُ أرباعاً: ثلاثَةَ أرباعِهِ لِوَلِيَّي الخَطإِ، ورُبعَهُ لِوَليِّ العمدِ. وإذا كان عبدٌ بينَ رَجُلَينِ، فَقَتَلَ مَولًى لهما، فَعَفا أحدُهما بَطَلَ الجَميعُ عند أبي حنيفة، وقالا: يَدفَعُ الذي عَفا نِصفَ نَصيبِهِ إلى الآخَرِ، أو يَفدِيهِ بِرُبعِ الدِّيةِ.

(فإنْ كانَ قَتَلَ أَحَدَهُما عمداً والآخَرَ خَطَأً، فَعَفا أحدُ وَلِيَّي العَمدِ، فإنْ فَداهُ المَولَى فَداهُ بِخَمسَةَ عشَرَ ألفاً، خمسةَ آلافٍ للذي لم يَعفُ مِنْ وَلِيَّي العَمدِ، وعشرةَ آلافٍ لِوَلِيَّي الخطأ)؛ لأنَّه لمَّا انقَلَبَ العمدُ مالاً كان حقُّ وليَّي الخَطإِ في كلِّ الدِّيةِ عشَرَةَ آلافٍ، وحقُّ أحدِ وَلِيَّي العمدِ في نِصْفِها خمسةَ آلافٍ، ولا تَضايُقَ في الفداءِ[1]، فيجب خمسة عشر ألفاً.

(وإنْ دَفَعَهُ دَفَعَهُ إليهم أثلاثاً: ثُلُثاهُ لِوَلِيَّي الخطإِ، وثُلُثُهُ لِغَيرِ العافي مِنْ وَلِيَّي العمدِ عند أبي حنيفة، وقالا: يَدفَعُهُ أرباعاً: ثلاثَةَ أرباعِهِ لِوَلِيَّي الخَطإِ، ورُبعَهُ لِوَليِّ العمدِ)، فالقِسمةُ عندهما بِطَريقِ المُنازَعةِ، فَيسلَمُ النِّصفُ لِوَلِيَّي الخَطإِ بلا مُنازعةٍ، واستوتْ مُنازَعَةُ الفريقَينِ في النِّصفِ الآخَرِ فَيتنصَّفُ، فلهذا يُقسَمُ أرباعاً.

وعنده يُقسَمُ بطريقِ العَوْلِ والمُضاربةِ أثلاثاً؛ لأنَّ الحقَّ تعلَّقَ بالرَّقبةِ، أصلُهُ التَّرِكَةُ المُستغرَقَةُ بالدُّيونِ، فَيُضرَبُ هذا بالكلِّ وذلك بالنِّصفِ، ولهذه المسألةِ نظائرُ وأضدادُ ذكرناها في الزِّيادات.

قال: (وإذا كان عبدٌ بينَ رَجُلَينِ فقَتَلَ مَولًى لهما) أي: قريباً لهما (فَعَفا أحدُهما بَطَلَ الجَميعُ عند أبي حنيفة، وقالا: يَدفَعُ الذي عَفا نِصفَ نَصيبِهِ إلى الآخَرِ، أو يَفدِيهِ بِرُبعِ الدِّيةِ).

---

(١) لأنَّه يجب في الذِّمَّةِ، والذِّمَّةُ صالحةٌ أن يثبت فيها أموالٌ كثيرةٌ. بناية.

وذُكِرَ في بعض النُّسَخ «قتَلَ وليّاً لهما»، والمرادُ القريبُ أيضاً. وذُكِرَ في بعض النُّسَخ قولُ محمَّدٍ مع أبي حنيفة، [وفي أكثرِها مع أبي يوسف][(١)].

وذَكَرَ في الزِّيادات: عبدٌ قَتَلَ مَولاه وله ابنانِ، فعفا أحدُ الابنَينِ، بَطَلَ ذلك كُلُّه عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف الجوابُ فيه كالجواب في مسألة الكتاب. ولم يذكرِ اختلافَ الرِّواية.

لأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّ حقَّ القِصاصِ ثَبَتَ في العبدِ على سبيلِ الشُّيوعِ، لأنَّ مِلكَ المولى لا يَمنَعُ استحقاقَ القِصاصِ له، فإذا عفا أحدُهُما انقَلَبَ نصيبُ الآخَرِ - وهو النِّصف - مالاً، غيرَ أنَّه شائعٌ في الكلِّ، فيكونُ نصفُهُ في نصيبِهِ، والنِّصفُ في نصيبِ صاحبِهِ، فما يكونُ في نصيبِهِ سَقَطَ ضرورةَ أنَّ المولى لا يَستوجِبُ على عبدِهِ مالاً، وما كان في نصيبِ صاحبِهِ بقي، ونِصفُ النِّصفِ هو الرُّبع، فلهذا يقال: ادفعْ نصفَ نَصيبِكَ أو افتَدِهِ بربعِ الدِّيةِ.

ولهما: أنَّ ما يجبُ من المالِ يكونُ حقَّ المَقتولِ؛ لأنَّه بدَلُ دمِهِ، ولهذا تُقضى منه ديونُهُ وتُنفَّذُ به وصاياه، ثمَّ الورثةُ يَخلُفُونه فيه عند الفراغِ من حاجتِهِ، والمولى لا يَستوجِبُ على عبدِهِ ديناً، فلا تَخلُفُه الورثةُ فيه.

---

(١) زيادةٌ من (ج).

فصل

ومَنْ قَتَلَ عبداً خطأً فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ لا تُزادُ على عَشرةِ آلافِ درهَم، فإن كانت قيمَتُهُ عَشَرَةَ آلافِ دِرهَم أو أكثَرَ، قَضى له بِعَشرَةِ آلافٍ إلَّا عَشرَةً، وفي الأمَةِ إذا زادتْ قِيمَتُها على الدِّيةِ خمسةَ آلافٍ إلَّا عَشرةً. ....

(فصل)

في بيانِ أحكام الجناية على العبد

(ومَنْ قَتَلَ عبداً خطأً فَعَلَيهِ قِيمَتُهُ لا تُزادُ على عَشرةِ آلافِ درهَم، فإن كانت قيمَتُهُ عَشَرَةَ آلافِ دِرهَم أو أكثَرَ قَضَى له بِعَشرَةِ آلافٍ إلَّا عَشرَةً، وفي الأمَةِ إذا زادتْ قِيمَتُها على الدِّيةِ خمسةَ آلافٍ إلَّا عَشرةً)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف والشافعي[١]: تجبُ قيمتُهُ بالغةً ما بلغت[٢].

ولو غَصَبَ عبداً قيمتُهُ عِشرونَ ألفاً، فهَلَكَ في يدِهِ تَجِبُ قيمَتُهُ بالغةً ما بلَغَتْ بالإجماع.

لهما: أنَّ الضَّمانَ بدَلُ الماليَّةِ، ولهذا يجبُ للمولى وهو لا يَملِكُ العبدَ إلَّا من حيثُ الماليَّةُ[٣]، ولو قَتَلَ العبدَ المَبيعَ قبلَ القَبضِ يَبقَى العقدُ، وبقاؤُهُ بِبَقاءِ الماليَّةِ أصلاً، أو بدَلاً، وصار كقليلِ القيمةِ[٤] وكالغَصبِ[٥].

ولأبي حنيفة ومحمد قولُه تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦٓ﴾ [النِّساء: ٩٢] أوجَبَها مُطلَقاً، وهي اسمٌ للواجِبِ بِمُقابَلَةِ الآدميَّةِ، ولأنَّ فيه معنى الآدميَّةِ حتَّى كان مكلَّفاً، وفيه معنى الماليَّةِ، والآدَمِيَّةُ أعلاهُما، فيجبُ اعتبارُها بإهدارِ الأدنى عند

---

(١) انظر المجموع (١٩/ ١٣٥)، والروضة (٩/ ٢٥٨، ٣١١).

(٢) أي: سواءٌ بلغت قيمتُهُ ديةَ الحرِّ أم نقصت، وسواءٌ كان القتلُ عمداً أو خطأً، والله أعلم.

(٣) أي: لا من حيثُ الآدميَّةُ.

(٤) يعني: لو كان العبد قليلَ القيمةِ يجب ذلك القدرُ، ولا يبلغُ إلى الدِّية. بناية.

(٥) يعني: كذلك في الغصب لا يجبُ إلَّا قدرُ القيمةِ، ولا يبلغُ إلى الدِّيةِ. بناية.

وفي يدِ العبدِ نِصفُ قيمتِهِ لا يُزادُ على خمسةِ آلافٍ إلَّا خَمسَةٌ. ومَنْ قَطَعَ يَدَ عبدٍ فأعتَقَهُ المَولَى ثمَّ ماتَ مِنْ ذلك، فإنْ كان له وَرَثَةٌ غيرُ المَولى فلا قِصاصَ فيه، وإلَّا اقتُصَّ منه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا قِصاصَ في ذلك، وعلى القاطِعِ أرشُ اليدِ، وما نَقَصَهُ ذلك إلى أن يُعتِقَهُ، ويَبطُلُ الفَضلُ. ..

تَعذُّرِ الجَمعِ بينهما.

وضمانُ الغَصبِ بِمُقابلَةِ الماليَّةِ؛ إذِ الغَصبُ لا يَرِدُ إلَّا على المالِ.

وبقاءُ العقدِ[1] يَتبَعُ الفائدةَ، حتَّى يَبقَى بعدَ قَتلِهِ عمداً وإنْ لم يكنِ القِصاصُ بدلاً عن الماليَّةِ، فكذلك أمرُ الدِّيةِ.

وفي قليلِ القيمةِ الواجبُ بِمُقابلَةِ الآدَمِيَّةِ، إلَّا أنَه لا سَمْعَ فيه فقَدَّرناه بقيمتِهِ رأياً، بخلافِ كثيرِ القيمةِ؛ لأنَّ قيمةَ الحرِّ مقدَّرةٌ بعشرةِ آلافِ درهمٍ، ونَقَصْنا منها في العبدِ إظهاراً لانحطاطِ رتبتِهِ، وتعيينُ العَشَرةِ بأثرِ عبد الله بن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

قال: (وفي يدِ العبدِ نِصفُ قيمتِهِ لا يُزادُ على خمسةِ آلافٍ إلَّا خَمسَةٌ)؛ لأنَّ اليدَ من الآدميِّ نِصفُهُ، فَتُعتَبَر بكلِّه، ويَنقُصُ هذا المقدارَ إظهاراً لانحطاطِ رُتبتِهِ، وكلُّ ما يُقدَّرُ من ديةِ الحرِّ فهو مُقدَّرٌ من قيمةِ العبدِ؛ لأنَّ القيمةَ في العبدِ كالدِّيةِ في الحُرِّ؛ إذ هو بدلُ الدَّمِ على ما قرَّرناه.

وإن غَصَبَ أمَةً قِيمَتُها عشرون ألفاً، فماتت في يدِهِ فعَلَيهِ تَمامُ قيمَتِها؛ لِما بيَّنَّا أنَّ ضمانَ الغَصبِ ضمانُ الماليَّة.

قال: (ومَنْ قَطَعَ يَدَ عبدٍ فأعتَقَهُ المَولَى ثمَّ ماتَ مِنْ ذلك، فإنْ كان له وَرَثَةٌ غيرُ المَولى فلا قِصاصَ فيه، وإلَّا اقتُصَّ منه، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: لا قِصاصَ في ذلك، وعلى القاطِعِ أرشُ اليدِ، وما نَقَصَهُ ذلك إلى أن يُعْتِقَهُ، ويَبطُلُ الفَضلُ).

---

(١) هذا جوابٌ عن قولهما: «لو قتل العبد المبيع ...».

وإنَّما لم يَجِبِ القِصاصُ في الوجهِ الأوَّلِ لاشتباهِ مَنْ له الحَقُّ؛ لأنَّ القِصاصَ يجبُ عندَ الموتِ مُستنِداً إلى وَقتِ الجَرحِ، فعلى اعتبارِ حالةِ الجَرحِ يكونُ الحَقُّ للمولى، وعلى اعتبارِ الحالةِ الثَّانيةِ[1] يكونُ للورثةِ، فَتحقَّقَ الاشتباهُ وتَعذَّرَ الاستيفاءُ، فلا يجبُ على وجهٍ يُستوفَى، وفيه الكلام[2].

واجتماعُهُما[3] لا يزيلُ الاشتباهَ؛ لأنَّ المِلكَينِ في الحالَينِ[4]، بخلاف العبدِ المُوصَى بِخدمتِهِ لرجلٍ وبرقبتِهِ لآخَرَ إذا قَتَل؛ لأنَّ ما لكلٍّ منهما من الحَقِّ ثابتٌ من وقتِ الجَرحِ إلى وَقتِ المَوتِ[5]، فإذا اجتمعا زالَ الاشتباه.

ولمحمد في الخلافيَّة[6] وهو ما إذا لم يكن للعبدِ وَرَثَةٌ سوى المولى: أنَّ سببَ الولايةِ قد اختَلَفَ؛ لأنَّه المِلكُ على اعتبارِ إحدى الحالتين[7]، والوِراثةُ بالوَلاءِ على اعتبارِ الأخرى، فَنُزِّلَ[8] منزلةَ اختلافِ المُستحِقِّ فيما يُحتاطُ فيه، كما إذا قال لآخَرَ: «بِعتَني هذه الجاريةَ بكذا» فقال المولى: «زوَّجتُها منك» لا يحلُّ له وَطؤُها.

ولأنَّ الإعتاقَ قاطعٌ للسِّرايةِ، وبانقطاعِها يبقى الجَرحُ بلا سرايةٍ، والسِّرايةُ بلا قَطعٍ، فَيمتنِعُ القِصاصُ.

---

(١) وهي حالة الموت.
(٢) أي: فيما إذا كان له ورثةٌ غيرُ المولى. زيلعي
(٣) جوابٌ عمَّا يقال: سَلَّمنا أنَّ مَنْ له الحَقُّ مُشتَبِهٌ، لكن يزولُ الاشتباهُ باجتماعِهما. عناية.
(٤) أي: المِلكُ في الحالتينِ مُختلِفٌ، واجتماعُهما لا يُزيلُ الاشتباهَ؛ لأنَّ المِلكَ يَثبُتُ لكلِّ واحدٍ منهما في إحدى الحالتين، ولا يثبت على الدَّوام فيها، فلا يكون الاجتماع مفيداً. زيلعي
(٥) يعني: مِلكُ كلِّ واحدٍ منهما دائمٌ، فصارا بمنزلة الشَّريكينِ فيه، فلا يَنفرِدُ أحدُهُما فيه دونَ الآخَرِ لِما فيه من إبطالِ حقِّ الآخَرِ، فَيُقتَلُ باجتماعِهما للرِّضا ببطلانِ حقِّه. زيلعي
(٦) أي: في المسألة المختلَفِ فيها.
(٧) وهي حالةُ الجَرحِ قبلَ العتق، والحالةُ الأخرى هي حالةُ الموتِ بعد العَتقِ.
(٨) أي: نُزِّل اختلافُ السَّببِ منزلةَ اختلافِ المستَحقِّ.

ولهما: أنَّا تيقَّنَّا بثبوتِ الولايةِ للمولى فيستوفيه، وهذا لأنَّ المَقضيَّ له[١] معلومٌ، والحُكمُ[٢] متَّحدٌ فوَجَبَ القولُ بالاستيفاءِ، بخلافِ الفَصلِ الأوَّلِ[٣]، لأنَّ المَقضيَّ له مَجهولٌ[٤]، ولا مُعتَبَرَ باختلافِ السَّببِ هاهنا[٥] لأنَّ الحكمَ[٦] لا يختلفُ[٧].

بخلافِ تلكَ المسألةِ[٨]؛ لأنَّ مِلكَ اليمينِ يُغايرُ مِلكَ النِّكاحِ حُكماً[٩].

والإعتاقُ[١٠] لا يَقطَعُ السِّرايةَ لذاتِهِ، بل لاشتباهِ مَنْ له الحَقُّ، وذلك في الخطإِ دونَ العمدِ؛ لأنَّ العبدَ لا يَصلُحُ مالكاً للمالِ، فعلى اعتبارِ حالةِ الجَرحِ يكونُ الحَقُّ للمولى، وعلى اعتبارِ حالةِ المَوتِ يكونُ للميِّتِ لِحرِّيَّتِهِ، فَيُقضَى منه ديونُهُ ويَنفُذُ وصاياه، فجاء الاشتباه، أمَّا العمدُ فَمُوجَبُهُ القِصاصُ، والعبدُ مُبقًى على أصلِ الحرِّيَّةِ فيه.

وعلى اعتبارِ أن يكونَ الحقُّ له، فالمَولَى هو الذي يَتولَّاهُ؛ إذْ لا وارثَ له سواهُ، فلا اشتباهَ فيمن له الحَقُّ.

---

(١) وهو المولى .بناية.

(٢) وهو استيفاء القصاص. بناية.

(٣) يعني: إذا كان له ورثةٌ غيرُ المولى، حيثُ لم يجب القصاصُ بالاتِّفاق. بناية.

(٤) لأنَّا لو اعتبرنا حالةَ الجرحِ كان المَقضيُّ له هو المولى، ولو اعتبرنا حالةَ الموتِ كان المقضيُّ له الورثة. بناية.

(٥) أي: في الفصل الثاني، وهو ما إذا لم يكن له ورثةٌ غير المولى.

(٦) وهو استيفاء القصاص.

(٧) لأنَّه في الحالين لواحد، وهو المولى.

(٨) أي: التي قاس عليها محمد، وهي ما إذا قال: «بِعتَني هذه الجاريةَ بكذا» فقال المولى: «زوَّجتُها منك» لا يحلُّ له وَطؤُها.

(٩) وذلك أنَّ ملكَ النِّكاحِ يُثبتُ الحِلَّ مقصوداً، ومِلكَ اليمين لا يثبتُهُ، ولو أثبتَهُ لم يكن مقصوداً، فاختلف الحكمُ كما اختلف السَّبب. بناية.

(١٠) هذا جوابٌ عن قَولِ محمد: الإقطاعُ قاطعٌ للسِّرايةِ.

ومَنْ قال لِعَبدَيهِ: «أحَدُكما حُرٌّ» ثمَّ شُجَّا، فأوقَعَ العِتقَ على أحَدِهما، فأرشُهُما للمولى. ولو قَتَلَهُما رجلٌ تَجِبُ ديةُ حُرٍّ وقيمةُ عَبدٍ. ....

وإذا امتَنَعَ القِصاصُ في الفَصلَين[١]:

- عند محمد: يجبُ أرشُ اليدِ، وما نَقَصَهُ من وَقتِ الجَرحِ إلى وَقتِ الإعتاقِ، كما ذكرنا؛ لأنَّه حَصَلَ على مِلكِهِ ويَبطُلُ الفَضلُ.

- وعندهما: الجوابُ في الفَصلِ الأوَّلِ كالجوابِ عند محمَّدٍ في الثَّاني.

قال: (ومَنْ قال لِعَبدَيهِ: «أحَدُكما حُرٌّ» ثمَّ شُجَّا، فأوقَعَ العِتقَ على أحَدِهما[٢]، فأرشُهُما للمولى)؛ لأنَّ العِتقَ غيرُ نازلٍ في المُعيَّن، والشَّجَّةُ تُصادِفُ المُعيَّنَ، فَبَقِيا مَملُوكَينِ في حقِّ الشَّجَّةِ.

(ولو قَتَلَهُما رجلٌ تَجِبُ ديةُ حُرٍّ وقيمةُ عَبدٍ).

والفرقُ[٣]: أنَّ البيانَ إنشاءٌ من وَجهٍ[٤]، وإظهارٌ من وجهٍ على ما عُرِفَ، وبعدَ الشَّجَّةِ بقي مَحلاً للبيان، فاعتُبِرَ إنشاءً في حقِّهما، وبعدَ الموتِ لم يَبْقَ محلاً للبيان، فاعتبرناه إظهاراً مَحضاً، وأحدُهُما حرٌّ بيقينٍ، فتجبُ قيمةُ عبدٍ وديةُ حُرٍّ.

بخلاف ما إذا قَتَلَ كلَّ واحدٍ منهما رجلٌ، حيثُ تجبُ قيمةُ المَملُوكَينِ؛ لأنَّا لم نتيقَّن بِقَتلِ كلِّ واحدٍ منهما حرّاً، وكلٌّ منهما يُنكِرُ ذلك.

---

(١) أي: فيما إذا كان له ورثةٌ غير المولى، أو لم يكن له ورثةٌ غيرُهُ.

(٢) أي: بيَّنَ ذلك المُبهَمَ بالتَّعيين في أحدِهما. وإنَّما ذكره بلفظ «أوقع» ليدلَّ به على أنَّ العِتقَ لم يَنزِلْ على أحدِهما في حقِّ الأرش معيَّناً وإنْ كان ظَهَرض وُقوعُ العِتقِ على أحدِهما في بعض الصُوَرِ، كما في الموت والقتل، فإنَّه إذا قال: «أحدُكُما حُرٌّ» فمات أحَدُهما أو قُتِلَ تعيَّنَ العِتقُ للآخَرِ. عناية.

(٣) أي: بين قَتلِهما وشجِّهما.

(٤) أي: إنشاءٌ للعِتْقِ من وَجهٍ، حتى يُشترطُ صلاحيَّةُ المحلِّ للإنشاءِ، فلو مات أحدُهُما، فبيَّنَ العِتقَ فيه، لا يصحُّ. عناية.

ومَنْ فَقَأ عَيْنَي عبدٍ: فإنْ شاءَ المَولَى دَفعَ عَبْدَهُ وأخَذَ قِيمَتَهُ، وإنْ شاءَ أمسَكَهُ، ولا شيءَ له مِنَ النُّقصانِ عند أبي حنيفة، وقالا: إنْ شاءَ أمسَكَ العبدَ وأخَذَ ما نَقَصَهُ، وإنْ شاءَ دَفَعَ العبدَ وأخَذَ قِيمَتَهُ.

ولأنَّ القياسَ[1] يأبى ثُبوتَ العِتْقِ في المَجهولِ لأنَّه لا يُفيدُ فائدةً[2]، وإنَّما صَحَّحناه[3] ضرورةَ صحَّةِ التَّصرُّفِ[4] وأثبتنا له وِلايةَ النَّقلِ من المَجهولِ إلى المعلومِ، فيتقدَّرُ بِقَدْرِ الضَّرورةِ، وهي في النَّفسِ دونَ الأطرافِ، فبقي مَملُوكاً في حقِّها[5].

قال: (ومَنْ فَقَأ عَيْنَي عبدٍ: فإنْ شاءَ المَولَى دَفعَ عَبْدَهُ وأخَذَ قِيمَتَهُ، وإنْ شاءَ أمسَكَهُ، ولا شيءَ له مِنَ النُّقصانِ عند أبي حنيفة، وقالا: إنْ شاءَ أمسَكَ العبدَ وأخَذَ ما نَقَصَهُ، وإنْ شاءَ دَفَعَ العبدَ وأخَذَ قِيمَتَهُ).

وقال الشَّافعيُّ: يُضمِّنُهُ كلَّ القيمةِ، ويُمسِكُ الجُثَّةَ؛ لأنَّه يَجعَلُ الضَّمانَ مُقابَلاً بالفائتِ، فبقي الباقي على مِلكِهِ، كما إذا قَطَعَ إحدى يَدَيهِ أو فقأ إحدى عينيه.

ونحن نقول: إنَّ الماليَّةَ قائمةٌ في الذَّاتِ، وهي مُعتَبَرَةٌ في حقِّ الأطرافِ؛ لِسُقوطِ اعتبارِها في حقِّ الذَّاتِ قَصْراً عليه، وإذا كانت معتَبَرَةً وقد وُجِدَ إتلافُ النَّفسِ من وجهٍ بِتَفويتِ جنسِ المَنفعَةِ، والضَّمانُ يَتقدَّرُ بقيمةِ الكَلِّ، فوَجَبَ أن يَتملَّكَ الجُثَّةَ دفعاً للضَّررِ ورعايةً للمماثلةِ.

---

(١) معطوفٌ على «أنَّ» في قوله: «والفرقُ أنَّ البيان إنشاء». عناية.

(٢) أي: لا يفيدُ فائدةَ العِتْقِ من أهليَّةِ الولايةِ للقضاءِ والشَّهادةِ، وما هو كذلك فلا مُعتَبَرَ به في الشَّرع. عناية.

(٣) أي: العِتقَ نازلاً في أحدِهما. بناية.

(٤) أي: تصرُّف العتقِ؛ لئلا يلغو كلامُهُ الذي امتاز به عن سائر الحيوانات.

(٥) أي: في حقِّ الأطرافِ التي وقعت عليها الشَّجَّةُ، على أصل القياسِ، فكان أرشُها للمولى. بناية.

بخلافِ ما إذا فقأ عَينَي حُرٍّ؛ لأنَّه ليس فيه معنى الماليَّةِ. وبخلاف عَينَي المُدبَّرِ لأنَّه لا يَقبَلُ الانتقالَ من المِلكِ إلى مِلكٍ، وفي قَطعِ إحدى اليدينِ وفَقءِ إحدى العَينَينِ لم يُوجَد تفويتُ جنسِ المَنفعةِ.

ولهما: أنَّ معنى الماليَّة لمَّا كان مُعتبَراً وَجَبَ أن يَتخيَّرَ المولى على الوجهِ الذي قلناه، كما في سائر الأموالِ، فإنَّ مَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غيرِهِ خَرْقاً فاحشاً: إن شاءَ المالكُ دَفَعَ الثَّوبَ إليه وضَمَّنَهُ قيمَتَهُ، وإنْ شاءَ أمسَكَ الثَّوبَ وضَمَّنَهُ النُّقصانَ.

وله: أنَّ الماليَّةَ وإن كانت مُعتَبَرَةً في الذَّاتِ، فالآدميَّةُ غيرُ مُهدَرَةٍ فيه، وفي الأطرافِ أيضاً، ألا ترى أنَّ عبداً لو قَطَعَ يدَ عبدٍ آخَرَ، يُؤمَرُ المولى بالدَّفعِ أو الفداءِ، وهذا من أحكام الآدميَّةِ؛ لأنَّ مُوجَبَ الجنايةِ على المالِ أنْ تُباعَ رقَبَتُهُ فيها.

ثمَّ من أحكامِ الأولى[1] أن لا يَنقسِمَ على الأجزاء، ولا يَتمَلَّكَ الجُثَّةَ، ومن أحكام الثَّانيةِ[2] أن يَنقسِمَ ويَتمَلَّكَ الجُثَّةَ، فوَفَّرنا على الشَّبهينِ حَظَّهُما من الحكم.

---

(١) أي: من أحكامِ الآدميَّةِ.
(٢) أي: الماليَّة.

فصل في جناية المدبر وأم الولد

وإذا جَنَى المُدبَّرُ أو أمُّ الوَلدِ جِنايةً ضَمِنَ المَولَى الأقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ ومِنْ أرشِهما. وجناياتُ المُدبَّرِ وإنْ تَوالَتْ لا تُوجِبُ إلَّا قِيمَةَ واحدةٍ.

(فصل في جناية المدبر وأم الولد)

قال: (وإذا جَنَى المُدبَّرُ أو أمُّ الوَلدِ جِنايةً ضَمِنَ المَولَى الأقَلَّ مِنْ قِيمَتِهِ ومِنْ أرشِهما)؛ لِما روي عن أبي عُبيدةَ رضي الله عنه أنَّه قَضَى بجنايةِ المُدبَّرِ على مولاه[1]، ولأنَّه صارَ مانعاً عن تسليمِهِ في الجنايةِ بالتَّدبيرِ، أو الاستيلادِ من غيرِ اختيارِهِ الفِداءَ، فصار كما إذا فَعَلَ ذلك بعدَ الجنايةِ وهو لا يعلمُ.

وإنَّما يجبُ الأقلُّ من قيمتِهِ ومِنَ الأرشِ؛ لأنَّه لا حقَّ لوليِّ الجنايةِ في أكثَرَ من الأرشِ، ولا مَنْعَ من المولَى في أكثَرَ من القيمةِ، ولا تَخييرَ بينَ الأقلِّ والأكثرِ؛ لأنَّه لا يُفيدُ في جنسٍ واحدٍ لاختيارِهِ الأقلَّ لا محالة.

بخلافِ القِنِّ[2] لأنَّ الرَّغباتِ صادقةٌ في الأعيانِ، فيفيدُ التَّخييرُ بينَ الدَّفعِ والفداء.

(وجناياتُ المُدبَّرِ وإنْ تَوالَتْ لا تُوجِبُ إلَّا قِيمَةَ واحدةٍ)؛ لأنَّه لا مَنْعَ منه إلَّا في رقبةٍ واحدةٍ، ولأنَّ دَفْعَ القيمةِ كَدَفعِ العبدِ، وذلك[3] لا يَتكرَّرُ، فهذا كذلك، ويَتضارَبُون بالحِصَصِ فيها، وتُعتبَرُ قِيمَتُهُ لكلِّ واحدٍ في حالِ الجنايةِ عليه؛ لأنَّ المَنْعَ في هذا الوقتِ يَتحقَّقُ[4].

---

(١) أخرج ابن أبي شيبة في المصنَّف، في الديات، باب: جناية المدبر على من تكون (٢٧٣٢٦) عن معاذ بن جبل عن أبي عبيدة بن الجراح قال: «جنايةُ المُدبَّرِ على مولاه». ورواه عن إبراهيم النخعي (٢٧٣٢٧).

(٢) يعني: المولى يتخيَّرُ في جنايةِ القِنِّ بين الدَّفعِ والفداءِ وإن كان الأرشُ أكثر. بناية.

(٣) أي: دفعُ القيمةِ.

(٤) ومن صورته ما ذكره في المبسوط قال: وإذا قتَلَ المدبَّرُ رجلاً خطأً، وقيمَتُهُ ألفُ درهم، ثمَّ زادت =

فإنْ جَنَى جِنايةً أخرى وقد دَفَعَ المولى القيمةَ إلى وليِّ الأُولَى بِقَضاءٍ، فلا شيءَ عليه، وإنْ كان المَولَى دَفَعَ القيمةَ بِغَيرِ قَضاءٍ، فالوَليُّ بالخيار: إن شاءَ اتَّبَعَ المَولَى، وإن شاءَ اتَّبعَ وليَّ الجِنايةِ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا شيءَ على المَولَى. ....

قال: (فإنْ جَنَى جِنايةً أخرى وقد دَفَعَ المولى القيمةَ إلى وليِّ الأُولَى بِقَضاءٍ، فلا شيءَ عليه)؛ لأنَّه مجبورٌ على الدَّفعِ.

قال: (وإنْ كان المَولَى دَفَعَ القيمةَ بِغَيرِ قَضاءٍ فالوَليُّ بالخيار: إن شاءَ اتَّبَعَ المَولَى، وإن شاءَ اتَّبعَ وليَّ الجِنايةِ، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا شيءَ على المَولَى)؛ لأنَّه حينَ دَفَعَ لم تكن الجنايةُ الثَّانيةُ مَوجودةً، فقد دَفَعَ كلَّ الحقِّ إلى مُستَحِقِّه، وصار كما إذا دَفَعَ بالقضاء.

ولأبي حنيفة: أنَّ المولى جانٍ بِدَفعِ حقِّ وليِّ الجنايةِ الثَّانيةِ طوعاً، ووليُّ الأولى ضامنٌ بِقَبضِ حقِّهِ ظُلماً فيتخيَّر، وهذا لأنَّ الثانيةَ مقارنةٌ[1] حكماً من

= قيمتُهُ إلى ألفين، ثمَّ قَتَلَ آخَرَ خطأً، ثمَّ أصابَهُ عيبٌ فَرَجَعت قيمتُهُ إلى خمسمائة، ثمَّ قتَلَ آخَرَ خطأً، فعلى مولاه ألفا درهم؛ لأنَّه جنى على الثَّاني وقيمتُهُ ألفان، ولو لم يكن منه إلَّا تلك الجنايةِ لكان المولى ضامناً قيمَتَهُ ألفين، فسلَّم ألفاً من هذين لوليِّ القتيلِ الأوسط خاصَّةً؛ لأنَّ وليَّ الأوَّلِ إنَّما يثبتُ حقُّه في قيمتِهِ يومَ جنى على وليِّه، وهو ألفُ درهم، فلا حقَّ له في الألفِ الثَّانيةِ، فَيُسلَّم ذلك لوليِّ القتيلِ الأوسطِ، وخَمسَمائةٍ من الألف الأولى بينَ وليِّ القتيلِ الأوَّلِ وبينَ الأوسطِ؛ لأنَّه لا حقَّ في هذه الخمسِمائةِ لوليِّ القتيلِ الثَّالثِ، وإنَّما حقُّه في قيمتِهِ يومَ جنى على وليِّه، فَتُقسَمُ هذه الخمسُمائةِ بينَ الأوسط والأوَّلِ، يُضرَبُ فيها الأوَّلُ بعشرةِ آلافِ، والأوسطُ بتسعةِ آلاف؛ لأنَّه وَصَلَ إليه من حقِّه ألفٌ، والخمسُمائةِ الباقيةُ بينهم جميعاً يُضرَبُ فيها الآخَرُ بعشرةِ آلاف؛ لأنَّه ما وَصَلَ إليه شيءٌ من حقِّه، ويُضرَبُ الأوَّلُ بعشرةِ آلافِ إلَّا ما أخَذَ؛ لأنَّه وَصَلَ إليه من حقِّهِ مِقدارُ المأخوذِ فلا يُضرَبُ به، وكذلك الأوسطُ لا يُضرَبُ بما أخَذَ في المرَّتين، وإنَّما يُضرَب بما بقي من حقِّه، فتقسم الخمسُمائةِ بينهم على ذلك .عناية عن النهاية

[1] أي: الجناية الثانيةُ مقارنةٌ للأولى حكماً.

وإذا أعتَقَ المَولَى المُدبَّرَ وقد جَنَى جِناياتٍ، لم تَلزَمْهُ إلَّا قِيمةٌ واحدةٌ. وأمُّ الولدِ بمنزلةِ المُدبَّرِ في جميعِ ما وَصَفنا، وإذا أقرَّ المُدبَّرُ بِجنايةِ الخَطإ لم يَجُزْ إقرارُهُ، ولا يَلزَمُهُ به شيءٌ، عُتِقَ أو لم يُعتَقْ.

وجهٍ، ولهذا يُشارِكُ ولي الجنايةِ الأولى، ومتأخِّرةٌ حُكماً من حيث إنَّه تُعتَبَرُ قيمتُهُ يومَ الجنايةِ الثَّانيةِ في حقِّها، فَجُعِلت كالمقارِنةِ في حقِّ التَّضمينِ؛ لإبطالِهِ ما تَعلَّقَ به من حقِّ وليِّ الثَّانيةِ عملاً بالشَّبهين.

(وإذا أعتَقَ المَولَى المُدبَّرَ وقد جَنَى جِناياتٍ، لم تَلزَمْهُ إلَّا قِيمةٌ واحدةٌ)؛ لأنَّ الضَّمانَ إنَّما وجبَ عليه بالمَنعِ، فصار وُجودُ الإعتاقِ من بعدُ وعدَمُهُ بمنزلةٍ.

(وأمُّ الولدِ بمنزلةِ المُدبَّرِ في جميعِ ما وَصَفنا)؛ لأنَّ الاستيلادَ مانعٌ من الدَّفعِ كالتَّدبير.

(وإذا أقرَّ المُدبَّرُ بِجنايةِ الخَطإ لم يَجُزْ إقرارُهُ، ولا يَلزَمُهُ به شيءٌ، عُتِقَ أو لم يُعتَقْ)؛ لأنَّ مُوجَبَ جنايةِ الخَطإ على سيِّدِهِ، وإقرارُهُ به لا يَنفُذُ على السَّيِّدِ، والله أعلم.

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عبدِهِ ثُمَّ غَصَبَهُ رجلٌ وماتَ في يدِهِ مِنَ القَطعِ، فَعَلَيهِ قيمتُهُ أقطَعَ، وإنْ كان المولى قَطَعَ يدَهُ في يدِ الغاصِبِ، فمات مِنْ ذلك في يدِ الغاصِبِ لا شيءَ عليه. وإذا غَصَبَ العبدُ المَحجورُ عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يدِهِ، فهو ضامنٌ. ومَنْ غَصَبَ مدبَّراً فَجَنَى عندَهُ جِنايةً، ثمَّ ردَّهُ على المولى فَجَنَى عندَهُ جِنايةً أخرى، فعلى المولى قِيمَتُهُ بينهما نصفانِ، ....

(باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك)

قال: (ومَنْ قَطَعَ يَدَ عبدِهِ ثُمَّ غَصَبَهُ رجلٌ وماتَ في يدِهِ مِنَ القَطعِ، فَعَلَيهِ قيمتُهُ أقطَعَ، وإنْ كان المولى قَطَعَ يدَهُ في يدِ الغاصِبِ، فمات مِنْ ذلك في يدِ الغاصِبِ لا شيءَ عليه).

والفرق: أنَّ الغَصْبَ قاطعٌ لِلسِّرايةِ؛ لأنَّه سببُ المِلكِ كالبيع، فَيَصيرُ كأنَّه هلَكَ بآفةٍ سماويَّةٍ، فتجبُ قيمتُهُ أقطَعَ، ولم يوجدِ القاطعُ في الفَصلِ الثَّاني، فكانتِ السِّرايةُ مُضافةً إلى البداية، فصار المولى مُتلِفاً، فيصيرُ مستردّاً، كيف[1] وأنَّه استولى عليه، وهو[2] استردادٌ، فيبرأ الغاصبُ عن الضَّمان.

قال: (وإذا غَصَبَ العبدُ المَحجورُ عليه عبداً محجوراً عليه فمات في يدِهِ، فهو ضامنٌ)؛ لأنَّ المَحجورَ عليه مؤاخَذٌ بأفعاله.

قال: (ومَنْ غَصَبَ مدبَّراً فَجَنَى عندَهُ جِنايةً، ثمَّ ردَّهُ على المولى فَجَنَى عندَهُ جِنايةً أخرى، فعلى المولى قِيمَتُهُ بينهما نصفانِ)؛ لأنَّ المولى بالتَّدبيرِ السَّابقِ أعجَزَ نفسَهُ عن الدَّفعِ من غير أن يَصيرَ مختاراً للفداءِ، فَيَصيرُ مُبطِلاً حقَّ أولياءِ الجنايةِ، إذ حقُّهم فيه، ولم يَمنَعْ إلَّا رقبةً واحدةً، فلا يُزادُ على قيمَتِها، ويكونُ

(١) أي: كيف لا يكون مستردّاً؟! والحال أنَّ المولى استولى على العبد بالقطع.

(٢) أي: الاستيلاء.

وَيَرجِعُ المَولَى بِنِصْفِ قِيمَتِهِ على الغاصِبِ، وَيَدفَعُهُ إلى وليِّ الجنايةِ الأولى، ثمَّ يَرجِعُ بذلك على الغاصِبِ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يَرجِعُ بِنِصفِ قِيمَتِهِ، فَيَسلَمُ له. وإنْ كان جَنَى عندَ المَولَى، فَغَصَبَه رجلٌ فَجَنَى عندَهُ جنايةً أخرى، فعَلَى المولى قِيمَتُهُ بينهما نصفانِ، وَيَرجِعُ بِنِصفِ القيمةِ على الغاصِبِ. ....

بين وليِّ الجنايَتَينِ نصفين؛ لاستوائِهما في المُوجَب[1].

قال: (وَيَرجِعُ المَولَى بِنِصْفِ قِيمَتِهِ على الغاصِبِ) لأنَّه استَحَقَّ نصفَ البدَلِ بسببٍ كان في يدِ الغاصبِ، فصارَ كما إذا استَحَقَّ نصفَ العبدِ بهذا السَّببِ، قال: (وَيَدفَعُهُ[2] إلى وليِّ الجنايةِ الأولى، ثمَّ يَرجِعُ بذلك على الغاصِبِ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف).

(وقال محمد: يَرجِعُ بِنِصفِ قِيمَتِهِ، فَيَسلَمُ له[3])؛ لأنَّ الذي يَرجِعُ به المَولَى على الغاصِبِ عِوَضُ ما سَلِمَ لِوَليِّ الجنايةِ الأولى، فلا يَدفَعُهُ إليه، كي لا يؤدِّي إلى اجتماعِ البَدَلِ والمُبدَلِ في مِلكِ رجلٍ واحدٍ، وكيلا يتكرَّرَ الاستحقاقُ.

ولهما: أنَّ حقَّ الأوَّلِ في جميعِ القيمةِ؛ لأنَّه حين جَنَى في حقِّه لا يُزاحِمُهُ أحدٌ، وإنَّما انتَقَصَ باعتبارِ مُزاحمةِ الثَّاني، فإذا وَجَدَ[4] شيئاً من بدَلِ العبدِ في يدِ المالكِ فارغاً يأخُذُهُ؛ لِيَتِمَّ حقُّه، فإذا أخَذَهُ منه يَرجِعُ المولى بما أخَذَه على الغاصِبِ؛ لأنَّه استُحِقَّ من يده بسببٍ كان في يدِ الغاصب.

قال: (وإنْ كان جَنَى عندَ المَولَى، فَغَصَبَه رجلٌ فَجَنَى عندَهُ جنايةً أخرى، فعَلَى المولى قِيمَتُهُ بينهما نصفانِ، وَيَرجِعُ بِنِصفِ القيمةِ على الغاصِبِ) لِما بيَّنَّا في الفصل

---

(١) أي: المستَحَقّ من الجناية.

(٢) أي: النِّصف المأخوذ من الغاصب.

(٣) أي: للمولى، أي: لا يدفعُهُ إلى وليِّ الجنايةِ الأولى. بناية.

(٤) أي: وليُّ الجنايةِ الأولى.

وَمَنْ غَصَبَ عبداً فَجَنَى في يدِهِ، ثمَّ ردَّهُ فَجَنَى جنايةً أخرى، فإنَّ المولَى يَدفَعُهُ إلى وليَّي الجِنايَتَينِ، ثمَّ يَرجِعُ على الغاصِبِ بِنِصْفِ القيمةِ، فَيَدفَعُهُ إلى الأوَّلِ ويَرجِعُ به على الغاصِبِ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يَرجِعُ بِنِصْفِ القيمةِ فَيَسلَمُ لَهُ. وإن جَنَى عندَ المولى ثمَّ غَصَبه فَجَنَى في يدِهِ دَفَعَهُ المَولَى نِصفَينِ، ويَرجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ، فَيَدفَعُهُ إلى الأوَّلِ ولا يَرجِعُ به. ومَنْ غَصَبَ مدبَّراً فَجَنَى عندَهُ جنايةً، ثمَّ رَدَّهُ على المولى، ثمَّ غَصَبَهُ، ثمَّ جَنَى عندَهُ جِنايةً، فعَلَى المَولَى قِيمَتُهُ بينهما نِصفانِ، ....

الأوَّل، غيرَ أنَّ استحقاقَ النِّصفِ حصل بالجنايةِ الثَّانيةِ، إذ كانت هي في يدِ الغاصبِ، فَيَدفعُهُ إلى وليِّ الجنايةِ الأولى، ولا يرجعُ به على الغاصبِ، وهذا بالإجماع.

ثمَّ وَضَعَ[1] المسألةَ في العبدِ فقال: (ومَنْ غَصَبَ عبداً فَجَنَى في يدِهِ، ثمَّ ردَّهُ فَجَنَى جنايةً أخرى، فإنَّ المولَى يَدفَعُهُ إلى وليَّي الجِنايَتَينِ، ثمَّ يَرجِعُ على الغاصِبِ بِنِصْفِ القيمةِ، فَيَدفَعُهُ إلى الأوَّلِ ويَرجِعُ به على الغاصِبِ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف).

(وقال محمد: يَرجِعُ بِنِصْفِ القيمةِ فَيَسلَمُ لَهُ، وإن جَنَى عندَ المولى ثمَّ غَصَبه فَجَنَى في يدِهِ دَفَعَهُ المَولَى نِصفَينِ، ويَرجِعُ بِنِصْفِ قِيمَتِهِ، فَيَدفَعُهُ إلى الأوَّلِ ولا يَرجِعُ به).

والجوابُ في العبدِ كالجواب في المُدبَّرِ في جَميعِ ما ذكرنا، إلَّا أنَّ في هذا الفَصلِ يَدفَعُ المولى العبدَ، وفي الأوَّل يدفَعُ القيمةَ.

قال: (ومَنْ غَصَبَ مدبَّراً فَجَنَى عندَهُ جنايةً، ثمَّ رَدَّهُ على المولى، ثمَّ غَصَبَهُ، ثمَّ جَنَى عندَهُ جِنايةً، فعَلَى المَولَى قِيمَتُهُ بينهما نِصفانِ)؛ لأنَّه مَنَعَ رَقَبةً واحدةً بالتَّدبيرِ،

---

(1) يعني: أنَّ محمداً رحمه الله وَضَعَ في الجامع الصَّغيرِ هذه المسألةَ في العبد بعدما وَضَعَها في المدبَّر.

ثمَّ يَرجِعُ بقيمتِهِ على الغاصِبِ فيَدفَعُ نِصفَها إلى الأوَّلِ، ويَرجِعُ به على الغاصِبِ.

فيجب عليه قيمةٌ واحدةٌ، (ثمَّ يَرجِعُ بقيمتِهِ على الغاصِبِ)؛ لأنَّ الجنايتينِ كانتا في يدِ الغاصِبِ، (فيَدفَعُ نِصفَها إلى الأوَّلِ[1])؛ لأنَّه استَحَقَّ كلَّ القيمةِ؛ لأنَّ عندَ وُجودِ الجنايةِ عليه لا حقَّ لغيرِهِ، وإنَّما انتقَصَ بِحُكمِ المُزاحَمةِ من بعد.

قال: (ويَرجِعُ به[2] على الغاصِبِ)؛ لأنَّ الاستحقاقَ بسببٍ كان في يدِهِ ويَسلَمُ له، ولا يَدفَعُه إلى وليِّ الجنايةِ الأولى، ولا إلى وليِّ الجنايةِ الثَّانيةِ؛ لأنَّه لا حَقَّ له إلَّا في النِّصفِ؛ لِسَبقِ حقِّ الأوَّلِ، وقد وَصَلَ ذلك إليه[3].

ثمَّ قيل: هذه المسألةُ على الاختلافِ كالأولى[4]، وقيل: على الاتِّفاق[5].

والفرقُ لمحمد: أنَّ في الأولى الذي يَرجِعُ به عِوَضٌ عمَّا سَلِمَ لوليِّ الجنايةِ الأولى؛ لأنَّ الجنايةَ الثَّانيةَ كانت في يدِ المالكِ، فلو دَفَعَ إليه ثانياً يَتكرَّرُ الاستحقاقُ، فأمَّا في هذه المسألةِ فيُمكِنُ أن يُجعَلَ عوضاً عن الجنايةِ الثَّانيةِ؛ لحصولها في يدِ الغاصِبِ، فلا يُؤدِّي إلى ما ذكرناه.

---

(١) أي: نصفَ القيمةِ إلى وليِّ الجنايةِ الأولى.

(٢) أي: بالنِّصفِ.

(٣) أي: وصل النِّصفُ إلى وليِّ الجنايةِ الثَّانية. بناية.

(٤) يعني: قال بعضُ المشايخ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: في هذه المسألةِ خِلافُ محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ أيضاً كما في المسألة الأولى، حتَّى يَسلَمُ للمولى ما رَجَعَ به من القيمةِ على الغاصبِ، ولا يأخُذُ وليُّ الجنايةِ الأولى ما بقي من حقِّه. عناية.

(٥) يعني: يأخذُ وليُّ الجنايةِ الأولى تَمامَ حقِّهِ، وهو نصفُ القيمةِ، من المولى إذا رَجَع على الغاصب. قيل: وهذا هو الصَّحيحُ؛ لأنَّ محمداً رَحِمَهُ اللَّهُ ذكر هذه المسألة في الجامع الصَّغير بلا خلاف، وكذا قرَّرهُ فخرُ الإسلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ وغيرُهُ في شروح الجامع الصَّغير.
فعلى هذا يَحتاجُ محمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ إلى الفَرقِ بينَ هاتين المسألتين؛ لذلك قال: والفرق ... إلخ. عناية.

وَمَنْ غَصَبَ صبيَّاً حُرَّاً فماتَ في يَدِهِ فَجأَةً أو بِحُمَّى، فليس عليه شيءٌ، وإنْ ماتَ مِنْ صاعِقَةٍ أو نَهْسَةِ حيَّةٍ، فعَلَى عاقلَةِ الغاصِبِ الدِّيةُ. وإذا أُودِعَ صبيٌّ عبداً فَقَتَلَه، فعَلَى عاقلَتِهِ الدِّيةُ، وإنْ أُودِعَ طعاماً فأكَلَهُ لم يَضْمَنْ، ....

قال: **(وَمَنْ غَصَبَ صبيَّاً[1] حُرَّاً فماتَ في يَدِهِ فَجأَةً أو بِحُمَّى، فليس عليه شيءٌ، وإنْ ماتَ مِنْ صاعِقَةٍ أو نَهْسَةِ حيَّةٍ، فعَلَى عاقلَةِ الغاصِبِ الدِّيةُ)** وهذا استحسانٌ.

والقياسُ أنْ لا يَضمَنَ في الوجهين، وهو قولُ زفر والشَّافعيِّ؛ لأنَّ الغَصْبَ في الحُرِّ لا يَتحقَّقُ، ألا يُرى أنَّه لو كان مُكاتَباً صغيراً لا يَضمَنُ مع أنَّه حُرٌّ يداً، فإذا كان الصَّغيرُ حرَّاً رقبةً ويداً أولى.

وجهُ الاستحسان: أنَّه لا يَضمَنُ بالغَصبِ ولكن يَضمَنُ بالإتلاف، وهذا إتلافٌ تَسبيباً؛ لأنَّه نقَلَهُ إلى أرضٍ مَسبعَةٍ أو إلى مكانِ الصَّواعِقِ، وهذا لأنَّ الصَّواعقَ والحيَّاتِ والسِّباعَ لا تكونُ في كلِّ مكانٍ، فإذا نقَلَه إليه فهو متعدٍّ فيه، وقد أزالَ حِفظَ الوليِّ فَيُضافُ إليه؛ لأنَّ شَرْطَ العِلَّةِ يَنزِلُ مَنزلةَ العِلَّةِ إذا كان تعدِّياً، كالحَفرِ في الطَّريقِ.

بخلافِ المَوتِ فجأةً أو بِحُمَّى؛ لأنَّ ذلك لا يَختلِفُ باختلافِ الأماكن، حتَّى لو نقَلَه إلى مَوضعٍ يَغلِبُ فيه الحُمَّى والأمراضُ، نقول بأنَّه يَضمَنُ، فَتَجِبُ الدِّيةُ على العاقلةِ لكونه قتلاً تَسبيباً.

قال: **(وإذا أُودِعَ صبيٌّ عبداً فَقَتَلَه، فعَلَى عاقلَتِهِ الدِّيةُ، وإنْ أُودِعَ طعاماً فأكَلَهُ لم يَضْمَنْ)**، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف والشَّافعي: يَضمَنُ في الوجهين جميعاً.

وعلى هذا إذا أُودِعَ العبدُ المَحجورُ عليه مالاً فاستَهلَكَه، لا يُؤاخَذُ بالضَّمانِ في الحال عند أبي حنيفة ومحمد، ويُؤاخَذُ به بعد العِتق.

---

(١) أي: ذهب به بغير إذنِ وليِّه، فيكونُ ذِكرُ الغَصبِ في هذا المَوضعِ بطريقِ المُشاكلَةِ، وهو أن يُذكَرَ الشَّيءُ بلفظِ غيرِهِ لِوُقوعِهِ في صُحبتِهِ.

وعند أبي يوسف والشَّافعي: يُؤاخَذُ به في الحال.

وعلى هذا الخلافِ الإقراضُ والإعارةُ في العبد والصَّبيِّ.

وقال محمد في أصل الجامع الصَّغير: «صبيٌّ قد عَقِل»، وفي الجامع الكبير وَضَعَ المسألةَ في صبيٍّ ابنِ اثنتي عشرةَ سنة، وهذا يدلُّ على أنَّ غيرَ العاقلِ يَضمَنُ بالاتِّفاقِ؛ لأنَّ التَّسليطَ غيرُ مُعتَبرٍ، وفِعلُهُ معتَبرٌ.

لهما: أنَّه أتلَفَ مالاً مُتقوِّماً مَعصوماً حقَّاً لِمالِكِه، فيجبُ عليه الضَّمانُ، كما إذا كانت الوديعةُ عبداً، وكما إذا أتلفَهُ غيرُ الصَّبيِّ في يدِ الصَّبيِّ المُودَعِ.

ولأبي حنيفة ومحمد: أنَّه أتلَفَ مالاً غيرَ مَعصوم، فلا يجبُ الضَّمانُ كما إذا أتلفَهُ بإذنِهِ ورضاه، وهذا[1] لأنَّ العِصمةَ تَثبُتُ حقَّاً له[2]، وقد فوَّتَها على نفسِهِ حيثُ وَضَعَ المالَ في يدٍ مانِعَةٍ[3]، فلا يبقى مُستحِقَّاً للنَّظر، إلَّا إذا أقام غيرَهُ مَقامَ نفسِهِ في الحفظ، ولا إقامةَ هاهنا؛ لأنَّه لا ولايةَ له على الاستقلالِ على الصَّبيِّ، ولا للصَّبيِّ على نفسِهِ.

بخلافِ البالغِ والمأذونِ له؛ لأنَّ لهما وِلايةً على أنفسِهما.

وبخلاف ما إذا كانت الوديعةُ عبداً؛ لأنَّ عِصمَتَهُ لِحَقِّه[4]، إذ هو مَبقيٌّ على أصلِ الحرِّيَّةِ في حقِّ الدَّمِ.

---

(١) أي: عدمُ وجوبِ الضَّمان.

(٢) أي: للمالك. بناية.

(٣) أي: مانعةٍ من الإيداع والإعارةِ، يعني: أنَّ المُودَعَ وَضَعَ المالَ في يدِ مانعةٍ عن الإيداع، ومن فَعَلَ كذلك لا يستحِقُّ النَّظرَ؛ لأنَّه أوقع مالَهُ في يدٍ تمنَعُ يدَ غيرِهِ عليه باختياره. عناية.

(٤) أي: لِحَقِّ العبدِ، يعني: لا باعتبارِ أنَّ المالِكَ يَعصِمُهُ؛ لأنَّ عِصمةَ المالكِ إنَّما تُعتَبَرُ فيما له ولايةُ الاستهلاكِ، حتَّى يُمكِّنَ غيرَهُ من الاستهلاك بالتَّسليطِ، وليس للمولى ولايةُ استهلاكِ عبدِهِ، فلا يجوزُ له تمكينُ غيرِهِ من الاستهلاكِ، فلمَّا لم يُوجَدِ التَّسليطُ منه يَضمَنُ المُستهلِكُ سواءٌ كان صغيراً أو كبيراً، بخلافِ سائرِ الأموالِ، فإنَّ للمالكِ أن يَستهلِكَها، فيجوزُ تَمكينُ غيرِهِ من استهلاكِهما بالتَّسليط. عناية.

وإنِ استَهلَكَ مالاً ضَمِنَ.

وبخلافِ ما إذا أتلفَهُ[1] غيرُ الصَّبيِّ في يدِ الصَّبيِّ؛ لأنَّه سقَطَتِ العِصمةُ بالإضافةِ إلى الصَّبيِّ الذي وُضِعَ في يدِهِ المال دونَ غيره[2].

قال: (وإنِ استَهلَكَ[3] مالاً ضَمِنَ)، يريد به من غيرِ إيداع؛ لأنَّ الصَّبيَّ يُؤاخَذُ بأفعالِهِ، وصحَّةُ القَصدِ لا مُعتَبَرَ بها في حقوقِ العبادِ، واللهُ أعلم بالصواب.

---

(١) يعني: إذا أتلَفَ الوديعةَ. والتَّذكيرُ باعتبار المودَعِ، أي: أتلفَ المودَعَ غيرُ الصبيِّ.

(٢) يعني: أنَّ المالكَ بالإيداعِ عند الصَّبيِّ إنَّما أسقَطَ عِصمَةَ مالِهِ عن الصَّبيِّ لا عن غيرِهِ، ومالُهُ معصومٌ في حقِّ غيرِهِ كما كان، والله تعالى أعلم. عناية.

(٣) أي: الصَّبيُّ.

باب القسامة

وإذا وُجِدَ القَتيلُ في مَحَلَّةٍ، ولا يُعلَمُ مَنْ قَتَلَهُ، استُحلِفَ خمسونَ رجلاً منهم، يَتخيَّرُهم الوَليَّ: «بالله ما قَتلناهُ، ولا عَلِمنا له قاتلاً»، ....

(باب القسامة[1])

قال: (وإذا وُجِدَ القَتيلُ في مَحَلَّةٍ، ولا يُعلَمُ مَنْ قَتَلَهُ، استُحلِفَ خمسونَ رجلاً منهم، يَتخيَّرُهم الوَلِيَّ: «بالله ما قَتلناهُ[2]، ولا عَلِمنا له قاتلاً»).

وقال الشَّافعيُّ[3]: إذا كان هناكَ لَوْثٌ استَحلَفَ الأولياءَ خمسيَن يميناً، ويَقضِي لهم بالدِّيةِ على المُدَّعى عليه، عمداً كانت الدَّعوى أو خطأً.

وقال مالك: يَقضِي بالقَوَدِ إذا كانتِ الدَّعوى في القَتلِ العمدِ، وهو أحدُ قولي الشَّافعيِّ.

واللَّوثُ عندهما[4] أن يكون هناك علامةُ القَتلِ على واحدٍ بِعَينِهِ، أو ظاهرٌ يَشهَدُ للمُدَّعي من عداوةٍ ظاهرةٍ، أو شهادةِ عَدلٍ، أو جماعةٍ غيرِ عدولٍ أنَّ أهلَ المَحَلَّةَ قتلوه.

وإن لم يكنِ الظَّاهرُ شاهداً له فمذهبُهُ مِثلُ مذهبنا، غيرَ أنَّه لا يُكرِّرُ اليمينَ بل يردُّها على الوليِّ، فإنْ حَلَفُوا لا ديةَ عليهم.

---

(١) هي في اللغة: اسمٌ وَضِعَ مَوضِعَ الأقسام.
وفي الشَّرعِ: أيمانٌ يُقسِمُ بها أهلُ مَحَلَّةٍ أو دارٍ وُجِدَ فيها قتيلٌ به أثرٌ، يقول كلُّ واحدٍ منهم: «بالله ما قتلتُهُ ولا علِمتُ له قاتلا». عناية.

(٢) قوله: «بالله ما قتلناه» على طريقِ الحكايةِ عن الجَميعِ، وأمَّا عندَ الحَلِفِ فَيَحلِفُ كلُّ واحدٍ منهم «بالله ما قتلتُ» ولا يَحلِفُ «بالله ما قتلنا» لجوازِ أنَّه باشَرَ القتلَ بنفسِهِ، فَيَجترئ على اليمين «بالله ما قتلنا». عناية.

(٣) انتظر الحاوي في الفقه (١٣/ ٣)، والروضة (١٠/ ٩) وما بعدها.

(٤) أي: عند الشَّافعيِّ ومالك. بناية.

للشَّافعي في البَداءِ بِيَمينِ الوليِّ قولُهُ ﷺ للأولياء: «فَيُقسِمُ منكم خمسونَ أنَّهم قتلوه»[1]، ولأنَّ اليمينَ تَجِبُ على مَن يَشهَدُ له الظَّاهرُ، ولهذا تَجِبُ على صاحب اليد، فإذا كان الظَّاهرُ شاهداً للوليِّ يُبدأ بيمينه.

ورَدُّ اليمين على المُدَّعي أصلٌ له كما في النُّكول، غيرَ أنَّ هذه دلالةٌ[2] فيها نوعُ شُبهةٍ، والقِصاصُ لا يُجامِعُها، والمالُ يجبُ معها، فلهذا وجبت الدِّيةُ.

ولنا: قوله ﷺ: «البيِّنةُ على المُدَّعي واليمينُ على مَن أنكرَ»[3]، وفي رواية «على المُدَّعَى عليه»[4]، ورَوَى سعيد بن المُسيب «أنَّ النَّبيَّ ﷺ بدأ باليهودِ بالقَسامةِ،

---

(١) أخرجه البخاري في الأحكام، باب: كتاب الحاكم إلى عماله والقاضي إلى أمنائه (٦٧٦٩)، ومسلم في القسامة، باب: القسامة (١/ ١٦٦٩) عن رافع بن خديج أنَّهما قالا: خرَجَ عبدُ الله بن سهل بنِ زيد ومُحَيصةُ بنُ مسعود بنِ زيد، حتَّى إذا كانا بخيبر تفرَّقا في بعضِ ما هنالك، ثمَّ إذا مُحيصَةُ يجد عبدالله بن سهل قتيلاً، فدَفَنَه، ثمَّ أقبل إلى رسول الله ﷺ هو وحُوَيصةُ بن مسعود وعبدالرَّحمن بن سهل، وكان أصغرَ القوم، فذهب عبدُ الرحمن ليتكلَّمَ قبلَ صاحبيه، فقال له رسول الله ﷺ: «كبِّر» (الكبر في السن) فَصمَتَ فتكلَّمَ صاحباه وتكلَّم معهما، فذكروا لرسول الله ﷺ مَقتِلَ عبد الله بن سهل، فقال لهم: «أتحلِفُونَ خمسين يميناً، فَتَستحقُّونَ صاحِبَكم؟ أو قاتِلَكُم» قالوا: وكيف نَحلِفُ ولم نشهد؟ قال: «فَتبرِئُكم يهودُ بِخَمسينَ يميناً»، قالوا: وكيف نقبَلُ أيمانَ قوم كفار؟ فلمَّا رأى ذلك رسول الله ﷺ أعطى عَقْلَهُ. والحديث روي بألفاظ متعدِّدة.

(٢) أي: على الصِّدقِ

(٣) أخرجه الدارقطني في الحدود والديات (٩٨) عن أبي هريرة عن النَّبيِّ ﷺ قال: «البيِّنةُ على مَن ادَّعى واليمينُ على مَن أنكَرَ إلَّا في القسامة».

(٤) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب: ما جاء في أنَّ البيِّنةَ على المدَّعي واليمينَ على المدَّعى عليه (١٣٤١) بلفظ: عن عَمروِ بن شُعَيب عن أبيه عن جدِّه: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قال في خُطبتِهِ: «البيِّنةُ على المُدَّعي، واليمينُ على المُدَّعى عليه».
وشطرُ الحديث في الكتب السِّتَّة، ففي صحيح البخاري كتاب الرَّهن، باب إذا اختلف الرَّاهن والمُرتهِنُ ونحوه، فالبيِّنةُ على المدَّعي واليمينُ على المدعى عليه (٢٣٧٩)، ومسلم في الأقضية، باب: اليمين على المدَّعى عليه (١٧١١) عن ابن عباس، أنَّ رسول الله ﷺ قَضَى باليمين على المدَّعى عليه. وفي رواية لمسلم «لو يُعطَى النَّاسُ بِدَعواهم لادَّعى ناسٌ دماءَ رجالٍ وأموالَهُم، ولكن اليمينُ على المدَّعَى عليه».

وإذا حَلفُوا قَضى على أهلِ المَحلَّةِ بالدِّيةِ، ولا يُستَحلَفُ الوَليُّ، ....

وجعَلَ الدِّيَةَ عليهم؛ لِوُجودِ القتيلِ بينَ أظهرهم»[1]، ولأنَّ اليمينَ حُجَّةٌ للدَّفعِ دونَ الاستحقاقِ، وحاجةُ الوليِّ إلى الاستحقاقِ، ولهذا لا يَستحِقُّ بِيَمينِهِ المالَ المُبتَذَلَ، فأولى أن لا يَستحِقَّ به النَّفسَ المُحتَرَمَةَ.

وقوله: «يَتخيَّرُهم الوليُّ» إشارةٌ إلى أنَّ خيارَ تَعيينِ الخمسين إلى الوليِّ؛ لأنَّ اليمينَ حقُّهُ، والظَّاهرُ أنَّه يختارُ مَنْ يَتَّهِمُهُ بالقتل، أو يختارُ صالِحي أهلِ المَحلَّةِ؛ لِما أنَّ تَحرُّزَهم عن اليمينِ الكاذبةِ أبلَغَ التَّحرُّزِ، فَيَظهرُ القاتلُ.

وفائدةُ اليمينِ النُّكُولُ، فإن كانوا لا يُباشِرُونَ ويَعلَمُونَ[2]، يُفيدُ يمينُ الصَّالحِ على العلمِ بأبلَغَ مِمَّا يُفيدُ يَمينُ الطَّالحِ.

ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قَذفٍ جازَ؛ لأنَّه يمينٌ وليس بشهادةٍ.

قال: **(وإذا حَلفُوا قَضى على أهلِ المَحلَّةِ[3] بالدِّيةِ، ولا يُستَحلَفُ الوَليُّ)**.

وقال الشَّافعيُّ[4]: لا تجبُ الدِّيةُ[5]؛ لقوله ﷺ في حديثِ عبدِ الله بن سهل رضي الله عنه: «تبرِّئكم اليهودُ بأيمانِها»[6]، ولأنَّ اليمينَ عُهِدَ في الشَّرعِ مُبرِّئاً للمُدَّعى عليه، لا مُلزِماً كما في سائر الدَّعاوى.

---

(١) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه، في كتاب الرَّدِّ على أبي حنيفة (٧/ ٣١٦) (٣٦٤٣٧) عن سعيد أنَّ القَسامة كانت في الجاهليَّةِ فأقرَّها النَّبيُّ ﷺ في قتيلٍ من الأنصار وُجِدَ في جُبِّ اليهودِ، قال فبدأ النَّبيُّ ﷺ باليهود، فكلَّفَهم قَسامَةَ خمسين، فقالت اليهودُ: لن نَحلِفَ، فقال النَّبيُّ ﷺ للأنصار: «أفتَحلِفُون؟»، قالت الأنصارُ: لن نَحلِفَ، فأغرم النَّبيُّ ﷺ اليهودَ دِيَتَهُ؛ لأنَّه قُتِل بينَ أظهُرِهم.

(٢) أي: ويعلمون القاتلَ.

(٣) أي: على عاقلتِهم في ثلاث سنين. بناية.

(٤) قال النووي في روضة الطالبين (٧/ ٢٤٨): إذا حَلَفَ المُدَّعى عليه تخلَّص عن المُطالبةِ، ولا يُطالب أهلُ المَوضع الذي وُجد فيه القتيل.

(٥) أي: إذا حلَفَ المدَّعى عليه. بناية.

(٦) تقدم ص (٥٨٧) ت (١).

ومَنْ أبى منهمُ اليمينَ حُبِسَ حتَّى يَحلِفَ، ....

ولنا: أنَّ النَّبيَّ ﷺ جَمَعَ بين الدِّيةِ والقَسامةِ في حديث ابن سَهلٍ[1]، وفي حديث زياد بن أبي مريم، وكذا جَمَعَ عمرُ رضي الله عنه بينهما على وادِعَة[2].

وقولُهُ ﷺ: «تُبرِّئكُم اليهود» محمولٌ على الإبراءِ عن القِصاصِ والحَبسِ، وكذا اليمينُ مُبرِّئةٌ عمَّا وَجَبَ له اليمينُ، والقَسامةُ ما شُرِعَت لِتَجبَ الدِّيةُ إذا نَكَلوا، بل شُرِعَت لِيَظهَرَ القِصاصُ بِتَحرُّزِهِم عن اليمينِ الكاذبةِ، فَيُقرُّوا بالقتل، فإذا حَلَفُوا حَصَلَت البراءةُ عن القصاص.

ثمَّ الدِّيةُ تجبُ بالقَتلِ المَوجودِ منهم ظاهراً؛ لِوُجودِ القتيلِ بين أظهُرِهِم لا بِنُكولِهِم، أو وجَبَتْ بِتَقصيرِهِم في المُحافظةِ، كما في القتل الخطإِ.

(ومَنْ أبى منهمُ اليمينَ حُبِسَ حتَّى يَحلِفَ)؛ لأنَّ اليمينَ فيه مُستَحَقَّةٌ لذاتِها تعظيماً لأمرِ الدَّمِ، ولهذا يُجمَع بينه وبينَ الدِّية، بخلافِ النُّكولِ في الأموالِ؛ لأنَّ اليمينَ بدلٌ عن أصلِ حقِّهِ، ولهذا يسقُطُ[3] بِبَذلِ المُدَّعي، وفيما نحنُ فيه لا يَسقُطُ بِبَذلِ الدِّيةِ.

هذا الذي ذكرنا[4] إذا ادَّعى الوليُّ القَتْلَ على جميعِ أهلِ المَحلَّةِ، وكذا إذا ادَّعى على البعضِ لا بأعيانِهِم، والدَّعوى في العمد أو الخطإ؛ لأنَّهم لا يَتميَّزون عن الباقي.

---

(١) تقدم ص (٥٨٧) ت (١).

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في الديات، باب: ما جاء في القسامة (٢٧٨١٣)، وعبد الرازاق في مصنفه، كتاب العقول، باب: القسامة (١٨٢٦٦) عن الحارث بن الأزمع قال: وُجِدَ قتيلٌ باليمن بينَ وادِعَةَ وأرحَب، فكتَبَ عاملُ عمرَ بنِ الخطَّاب إليه، فكتب إليه عمَرُ: أنْ قِسْ ما بينَ الحيَّينِ، فإلى أيِّهما كان أقرَبَ فخُذْهُم به، قال: فقاسُوا فَوَجدُوه أقرَبَ إلى وادِعَةَ، قال: فأخَذَنا واغرَمَنا وأحلَفَنا، فقلنا: يا أمير المؤمنين، أتُحلِّفُنا وتُغَرِّمُنا؟ قال: نعم، قال: فأحلَفَ منَّا خمسينَ رجلاً بالله ما فعلتُ ولا علِمتُ قاتلاً. واللفظُ لابن أبي شيبة

(٣) أي: اليمين.

(٤) أي: من وجوبِ القَسامةِ والدِّيةِ.

ولو ادَّعى على البعض بأعيانِهِم أنَّه قَتَلَ وَلِيَّهُ عمداً أو خطأ، فكذلك الجوابُ[1]، يدلُّ عليه إطلاقُ الجوابِ في الكتاب[2]، وهكذا الجوابُ في المبسوط[3].

وعن أبي يوسف في غير روايةِ الأصلِ: أنَّ في القياس تَسقُطُ القَسامةُ والدِّيةُ عن الباقينَ من أهل المَحَلَّةِ، ويقال للوليِّ أَلَكَ بيِّنةٌ؟ فإن قال: «لا» يُستَحلَفُ المُدَّعى عليه يميناً واحدةً.

ووجهُهُ: أنَّ القياسَ يأباه؛ لاحتمالِ وُجودِ القَتلِ من غيرِهم، وإنَّما عُرِفَ بالنَّص فيما إذا كان في مكانٍ يُنسَبُ إلى المُدَّعى عليهم والمُدَّعي يدَّعي القتلَ عليهم، وفيما وراءه بقي على أصلِ القياسِ، وصار كما إذا ادَّعى القَتلَ على واحدٍ من غيرِهِم.

وفي الاستحسان: تجبُ القسامةُ والدِّيةُ على أهلِ المَحَلَّةِ؛ لأنَّه لا فَصْلَ في إطلاقِ النُّصوصِ بينَ دعوى ودعوى، فَنُوجِبُهُ بالنَّصِّ لا بالقياس.

بخلاف ما إذا ادَّعى على واحدٍ من غَيرِهِم؛ لأنَّه ليس فيه نَصٌّ، فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس، وهو مُمتَنِعٌ.

ثمَّ حُكمُ ذلك[4] أن يَثبُتُ ما ادَّعاهُ إذا كان له بيِّنةٌ، وإن لم تكن استحلَفَهُ يميناً واحدةً؛ لأنَّه ليس بِقَسامةٍ؛ لانعدام النَّصِّ وامتناعِ القياس.

ثمَّ إن حَلَفَ بَرِئَ، وإن نَكَلَ والدَّعوى في المالِ تَثبُتَ به[5]، وإن كان في القِصاصِ فهو على اختلافٍ مَضَى في كتاب الدَّعوى.

---

(١) يعني: تجب القَسامةُ والدِّيةُ. بناية.

(٢) أي: في كتاب القدوري، أشار به إلى ما ذكره بقوله: «وإذا وُجِدَ القَتيلُ في مَحَلَّة، لا يُعلَمُ مَن قتَلَهُ، استحلف خمسون رجلا منهم ...» إلخ عناية.

(٣) يعني: أوجَبَ القَسامةَ والدِّيةَ فيما إذا كان الدَّعوى على البعض بعينه. عناية.

(٤) أي: حكمُ ما إذا ادَّعى على واحدٍ من غيرهم.

(٥) أي: بالنُّكول، سواءٌ كانتِ الدَّعوى في القتل الخطأ او في القتلِ العمدِ، فالمالُ يثبتُ. بناية.

وإنْ لم يَكمُلْ أهلُ المَحَلَّةِ، كُرِّرَتِ الأيمانُ عليهم حتَّى تَتِمَّ خمسين. ولا قَسامةَ على صَبيٍّ ولا مَجنونٍ ولا امرأةٍ ولا عبدٍ. وإنْ وُجِدَ مَيْتاً لا أثَرَ به، فلا قَسامَةَ ولا دِيَةَ.

قال: (وإنْ لم يَكمُلْ أهلُ المَحَلَّةِ، كُرِّرَتِ الأيمانُ عليهم حتَّى تَتِمَّ خمسين)؛ لِما رُوي أنَّ عمر رضي الله عنه لمَّا قضى في القَسامةِ وافى إليه تِسعةٌ وأربعون رجلاً، فكرَّرَ اليمين على رجلٍ منهم حتَّى تمَّت خمسين، ثمَّ قضى بالدِّية[1]. وعن شُريح والنَّخعي رحمهما الله مثلُ ذلك[2]، ولأنَّ الخمسينَ واجبٌ بالسُّنَّةِ، فيجبُ إتمامُها ما أمكَنَ، ولا يُطلَبُ فيه الوقوفُ على الفائدةِ لِثُبوتِها بالسُّنَّة، ثمَّ فيه استعظامُ أمرِ الدَّمِ.

فإن كان العددُ كاملاً، فأراد الوليُّ أن يُكرِّرَ على أحدِهِم فليس له ذلك؛ لأنَّ المصيرَ إلى التَّكرارِ ضرورةُ الإكمال.

قال: (ولا قَسامةَ على صَبيٍّ ولا مَجنونٍ)؛ لأنَّهما ليسا من أهل القولِ الصَّحيحِ، واليمينُ قولٌ صحيحٌ.

قال: (ولا امرأةٍ ولا عبدٍ)؛ لأنَّهما ليسا من أهلِ النُّصرةِ، واليمينُ على أهلِها.

قال: (وإنْ وُجِدَ مَيْتاً لا أثَرَ به، فلا قَسامَةَ ولا دِيَةَ)؛ لأنَّه ليس بقتيل، إذِ القتيلُ في العُرفِ من فاتت حياتُهُ بسببٍ يُباشِرُهُ حيٌّ، وهذا ميِّتٌ حَتْفَ أنفِهِ، والغَرامةُ تتبعُ

---

(١) في الدراية: أخرج ابن أبي شيبة من طريق أبي مليح «أنَّ عمرَ بنَ الخطاب ردَّدَ عليهم الأيمانَ حتَّى وفوا».
وروى عبدالرزاق من طريق سعيد بن المسيِّب «أنَّ عمرَ استَحلَفَ امرأةً خمسينَ يميناً على مولى لها أصيب».
وروى عبدالرزاق عن عمر بن عبد العزيز أنَّه كَتَبَ «أنَّ النَّبيَّ ﷺ قضى في القَسامةِ أنْ يُحلَّفَ الأولياء، فإن لم يكن عددٌ يَبلُغُ الخمسين رُدَّتِ الأيمانُ عليهم بالغاً ما بَلَغُوا».

(٢) في الدراية: أخرج ابن أبي شيبة من طريق ابن سيرين قال: جاءت قَسامَةٌ فلم يُوفُوا خمسين، فردَّدَ عليهم شُرَيح حتَّى أوفوا خمسين.
ومن وجه آخر عن ابن سيرين عن شُرَيح: إذا كانوا أقلَّ من خمسينَ رَدَّدتُ عليهم الأيمان.
وأمَّا النَّخعيُّ فروى عبدالرَّزاق عن الثَّوري عن مُغيرةَ عن إبراهيم: إذا لم تَبلُغِ القَسامةُ كَرَّروا حتَّى يَحلِفُوا خمسين يميناً. ورواه ابنُ أبي شيبة من وجهٍ آخر عن إبراهيم به.

ولو وُجِدَ بَدَنُ القَتيلِ، أو أكثَرُ من نِصفِ البَدَنِ، أو النِّصفُ ومَعَهُ الرَّأسُ في مَحَلَّةٍ، فعلى أهلِها القَسامَةُ والدِّيةُ، وإنْ وُجِدَ نِصفُهُ مَشقُوقاً بالطُّولِ، أو وُجِدَ أقَلُّ مِنَ النِّصفِ ومَعَهُ الرَّأسُ، أو وُجِدَ يَدُهُ أو رِجلُهُ أو رأسُهُ، فلا شيءَ عليهم.

فِعلَ العبدِ، والقَسامةُ تَتبعُ احتمالَ القَتلِ، ثمَّ يجبُ عليهم القَسَمُ، فلا بدَّ من أن يكونَ به أثَرٌ يُستدَلُّ به على كونه قتيلاً، وذلك بأن يكونَ به جِراحةٌ أو أثَرُ ضَربٍ أو خَنقٍ.

وكذا إذا كان خَرَجَ الدَّمُ من عينِهِ أو أذنِهِ؛ لأنَّه لا يَخرُجُ منها إلا بفعلٍ من جهةِ الحيِّ عادةً، بخلاف ما إذا خرج من فيهِ أو دُبُرِهِ أو ذَكرِهِ؛ لأنَّ الدَّمَ يخرجُ من هذه المَخارِجِ عادةً بغير فعلِ أحدٍ، وقد ذكرناه في الشَّهيد.

(ولو وُجِدَ بَدَنُ القَتيلِ، أو أكثَرُ من نِصفِ البَدَنِ، أو النِّصفُ ومَعَهُ الرَّأسُ في مَحَلَّةٍ، فعلى أهلِها القَسامَةُ والدِّيةُ، وإنْ وُجِدَ نِصفُهُ مَشقُوقاً بالطُّولِ، أو وُجِدَ أقلُّ مِنَ النِّصفِ ومَعَهُ الرَّأسُ، أو وُجِدَ يَدُهُ أو رِجلُهُ أو رأسُهُ، فلا شيءَ عليهم)؛ لأنَّ هذا حكمٌ عرفناه بالنَّصِّ، وقد وَرَدَ به في البدن، إلَّا أنَّ للأكثَرِ حُكمَ الكلِّ تعظيماً للآدميِّ.

بخلافِ الأقلِّ؛ لأنَّه ليس ببدنٍ ولا مُلحَقٍ به، فلا تجري فيه القَسامةُ، ولأنَّا لو اعتبرناه تَتكرَّرُ القَسامتانِ والدِّيتانِ[1] بِمُقابلَةِ نفسٍ واحدةٍ، ولا تَتَوالَيان[2].

والأصلُ فيه[3]: أنَّ الموجودَ الأوَّلَ إنْ كان بحالٍ لو وُجِدَ الباقي تَجري فيه القَسامةُ لا تجبُ فيه، وإنْ كان بحالٍ لو وُجِدَ الباقي لا تَجري فيه القَسامةُ تَجِبُ، والمعنى ما أشرنا إليه[4].

---

(١) أي: على تقدير أن يوجد الباقي في محلَّةٍ أخرى. بناية.

(٢) أي: القسامةُ والدِّيةُ؛ لأنَّه إذا وَجَبا بالأقلِّ وجبا بالأكثر إذا وُجِدَ، وكذلك لو وَجَبا بالنِّصفِ لَوَجَبا بالنِّصفِ الآخَرِ، فتتكرَّرُ القَسامتانِ والدِّيتانِ بمقابلةِ نفسٍ واحدةٍ، وذلك لا يجوز.

(٣) أي: في وجوب القسامةِ والدِّيةِ.

(٤) يريد به التَّكرارَ المذكورَ وعَدَمَه. عناية.

ولو وُجِدَ فيهم جَنينٌ أو سِقْطٌ ليس به أثَرُ الضَّربِ، فلا شيءَ على أهلِ المَحلَّةِ، وإن كان به أثرُ الضَّربِ، وهو تامُّ الخَلقِ، وَجَبَتِ القَسامَةُ والدِّيةُ عليهم، وإن كان ناقصَ الخَلقِ فلا شيءَ عليهم. وإذا وُجِدَ القَتيلُ على دابَّةٍ يَسوقُها رجلٌ، فالدِّيةُ على عاقلتِهِ دونَ أهلِ المَحلَّةِ، فإنِ اجتَمعُوا فَعَلَيهم. وإنْ مَرَّتْ دابَّةٌ بينَ القَرْيَتَينِ وعليها قَتيلٌ، فهو على أقرَبِهما. ....

وصلاةُ الجنازةِ في هذا تَنسحِبُ على هذا الأصل؛ لأنَّها لا تتكرَّرُ.

(ولو وُجِدَ فيهم جَنينٌ أو سِقْطٌ ليس به أثَرُ الضَّربِ، فلا شيءَ على أهلِ المَحلَّةِ)؛ لأنَّه لا يَفُوقُ الكبيرَ حالاً[1].

(وإنْ كانَ بهِ أثَرُ الضَّربِ وهو تامُّ الخَلقِ، وَجَبَتِ القَسامَةُ والدِّيةُ عليهم)؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ تامَّ الخَلقِ يَنفصِلُ حيّاً، (وإنْ كان ناقِصَ الخَلْقِ، فلا شيءَ عليهم)؛ لأنَّه يَنفصِلُ مَيتاً لا حيّاً.

قال: (وإذا وُجِدَ القَتيلُ على دابَّةٍ يَسوقُها رجلٌ، فالدِّيةُ على عاقلتِهِ دونَ أهلِ المَحَلَّةِ)؛ لأنَّه في يدِهِ، فصار كما إذا كان في داره، وكذا إذا كان قائِدَها أو راكِبَها، (فإنِ اجتَمَعُوا[2] فَعَلَيهم)؛ لأنَّ القتيلَ في أيديهم، فصار كما إذا وُجِدَ في دارهم.

قال: (وإنْ مَرَّتْ دابَّةٌ بينَ القَرْيَتَينِ وعليها قَتيلٌ، فهو على أقرَبِهما)؛ لِما روي «أنَّ النَّبيَّ ﷺ أُتِيَ بِقَتيلٍ وُجِدَ بين قَرْيَتَينِ، فأمَرَ أن يُذرَعَ»[3].

---

(١) أي: من حيثُ الحال، يعني: إذا وجد الكبيرُ ولا أثر به، لا يجبُ في شيءٍ، فكذا هذا.

(٢) أي: اجتَمَع الرَّاكبُ والسَّائق والقائدُ، فالدِّيةُ عليهم.

(٣) في الدراية: رواه إسحاق بن راهويه، وأبو داود الطيالسي، والبزار من حديث أبي سعيد، وأخرجه ابنُ عدي والعقيليُّ في ترجمة أبي إسرائيل إسماعيل الملائي، وقد تابعه الضَّبيُّ بنُ الأشعث عن عطية، وأخرجه ابن عدي أيضاً.

وإذا وُجِدَ القَتيلُ في دارِ إنسانٍ، فالقَسامةُ عليه، والدِّيةُ على عاقلَتِهِ. ولا تَدخُلُ السُّكانُ في القَسامةِ مع المُلَّاكِ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: هو عليهم جميعاً، وهي على أهلِ الخُطَّةِ دونَ المُشتَرِينَ ....

وعن عمر رضي الله عنه أنَّه لمَّا كُتِبَ إليه في القتيلِ الذي وُجِدَ بين وادعة وأرحب، كَتَبَ بأن يَقيسَ بين قريتين، فَوُجِدَ القتيلُ إلى وادعة أقرَبَ، فقضى عليهم بالقسامة[1].

قيل: هذا محمولٌ على ما إذا كان بحيث يَبلُغُ أهلَهُ الصَّوتُ؛ لأنَّه إذا كان بهذه الصِّفةِ يلحَقُهُ الغَوثُ، فَتُمكِنُهم النُّصرةُ، وقد قَصَّروا.

قال: (وإذا وُجِدَ القَتيلُ في دارِ إنسانٍ، فالقَسامةُ عليه)؛ لأنَّ الدَّارَ في يده، (والدِّيةُ على عاقلَتِهِ)؛ لأنَّ نُصرَتَه منهم وقوَّتَه بهم.

قال: (ولا تَدخُلُ السُّكانُ في القَسامةِ مع المُلَّاكِ عند أبي حنيفة)، وهو قولُ محمد، (وقال أبو يوسف: هو عليهم جميعاً)؛ لأنَّ وِلايةَ التَّدبيرِ كما تكونُ بالملكِ تكونُ بالسُّكنى، ألا ترى أنَّه ﷺ جَعَلَ القَسامةَ والدِّيةَ على اليهودِ وإن كانوا سكَّاناً بخيبر.

ولهما: أنَّ المالكَ هو المُختَصُّ بِنُصرةِ البُقعةِ دونَ السُّكانِ؛ لأنَّ سُكنَى المُلَّاكِ ألزَمُ، وقَرارَهُم أدوَمُ، فكانت ولايةُ التَّدبيرِ إليهم، فيتحقَّقُ التَّقصيرُ منهم.

وأمَّا أهلُ خيبرَ فالنَّبيُّ ﷺ أقرَّهم على أملاكِهِم، فكان يأخذُ منهم على وَجهِ الخَراجِ.

قال: (وهي[2] على أهلِ الخُطَّةِ[3] دونَ المُشتَرِينَ)، وهذا قولُ أبي حنيفة

---

(١) تقدَّم في ص (٥٩١) ت (٢).

(٢) أي: القَسامةُ والدِّية.

(٣) الخُطَّةُ: المكانُ المُختَطُّ لبناءِ دارٍ أو غيرِها من العِمارات، ومعناه: على أصحابِ الأملاكِ القديمةِ الذين كانوا يَملِكُونها حينَ فَتَحَ الإمامُ البلدةَ وقَسَمَها بين الغانمين، فإنَّه يَختَطُّ خُطَّةً لِتَتميَّزَ أنصباؤهم. عناية.

وإنْ بَقِيَ واحدٌ منهم فكذلك، وإنْ لم يَبْقَ واحدٌ منهم، بأن باعُوا كلُّهُم فهو على المُشتَرِينَ. وإذا وُجِدَ قَتيلٌ في دارٍ، فالقَسامَةُ على ربِّ الدَّارِ وعلى قَومِهِ، وتدخلُ العاقلةُ في القَسامةِ إن كانوا حُضُوراً، وإن كانوا غُيَّباً فالقَسامةُ على ربِّ الدَّارِ، يُكرَّرُ عليه الأيمانُ.

ومحمد. وقال أبو يوسف: الكلُّ مُشتَرِكونَ؛ لأنَّ الضَّمانَ إنَّما يجبُ بِتَركِ الحفظِ ممَّن له وِلايةُ الحِفظِ، وبهذا الطَّريقِ يُجعَلُ جانياً مقصِّراً، والولايةُ[1] باعتبارِ المِلكِ، وقد استَوَوا فيه.

ولهما: أنَّ صاحبَ الخُطَّةِ هو المُختَصُّ بِنُصرةِ البُقعةِ، هو المُتعارَفُ، ولأنَّه أصيلٌ والمشتري دَخيلٌ، وولايةُ التَّدبيرِ إلى الأصيل.

وقيل: أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة[2].

قال: (وإنْ بَقِيَ واحدٌ منهم فكذلك)، يعني: من أهل الخُطَّةِ لِما بيَّنَّا[3].

(وإنْ لم يَبْقَ واحدٌ منهم، بأن باعُوا كلُّهُم فهو على المُشتَرِينَ)؛ لأنَّ الوِلايةَ انتقَلَتْ إليهم، أو خَلَصَت[4] لهم لِزَوالِ مَن يتقَدَّمُهم أو يُزاحِمُهُم[5].

(وإذا وُجِدَ قَتيلٌ في دارٍ، فالقَسامَةُ على ربِّ الدَّارِ وعلى قَومِهِ، وتدخلُ العاقلةُ في القَسامةِ إن كانوا حُضُوراً، وإن كانوا غُيَّباً فالقَسامةُ على ربِّ الدَّارِ، يُكرَّرُ عليه الأيمانُ)، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد.

---

(١) أي: ولايةُ الحفظ.

(٢) يعني: من أنَّ أصحابَ الخُطَّةِ في كلِّ مَحَلَّةٍ هم الذين يقومون بتدبير المَحَلَّةِ، ولا يُشارِكُهم المشترون في ذلك. عناية.

(٣) إشارةٌ إلى قوله: «إنَّ صاحب الخُطَّةِ هو المُختَص بنصرة البقعة». بناية.

(٤) يعني: انتقلت إليهم على قول أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، أو خَلَصَت لهم على قول أبي يوسف.

(٥) قوله: «لزوال مَن يتقَدَّمُهم» يرجعُ إلى قوله: «انتقلت إليهم»، وقوله: «أو يُزاحِمُهم» يرجع إلى قوله: «أو خلصت لهم».

وإنْ وُجِدَ القَتيلُ في دارٍ مُشتَرَكَةٍ، نِصفُها لِرَجلٍ وعُشرُها لِرَجلٍ ولآخَرَ ما بَقِيَ، فهو على رُؤوسِ الرِّجالِ. ومَنِ اشترى داراً ولم يَقبِضْها حتَّى وُجِدَ فيها قَتيلٌ، فهو على عاقلةِ البائعِ، وإن كان في البيعِ خِيارٌ لأحَدِهِما فهو على عاقلَةِ الذي في يَدِهِ. ....

وقال أبو يوسف: لا قَسامةَ على العاقلةِ؛ لأنَّ ربَّ الدَّارِ أخَصُّ به من غيرِهِ، فلا يُشارِكُه غيرُهُ فيها، كأهلِ المَحلَّةِ لا يُشارِكُهم فيها عواقِلُهم.

ولهما: أنَّ الحُضورَ لَزِمَتهم نُصرَةُ البُقعةِ، كما تَلزَمُ صاحبَ الدَّارِ، فيشاركونه في القسامة.

قال: (وإنْ وُجِدَ القَتيلُ في دارٍ مُشتَرَكَةٍ، نِصفُها لِرَجلٍ وعُشرُها لِرَجلٍ ولآخَرَ ما بَقِيَ، فهو على رُؤوسِ الرِّجالِ)؛ لأنَّ صاحبَ القليل يُزاحِمُ صاحبَ الكثيرِ في التَّدبيرِ، فكانوا سواءً في الحفظِ والتَّقصيرِ، فيكونُ على عدد الرُّؤوسِ بمنزلة الشُّفعة.

قال: (ومَنِ اشترى داراً ولم يَقبِضْها حتَّى وُجِدَ فيها قَتيلٌ، فهو على عاقلةِ البائعِ، وإن كان في البيعِ خِيارٌ لأحَدِهِما فهو على عاقلَةِ الذي في يَدِهِ)، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: إنْ لم يكن فيه خِيارٌ فهو على عاقلةِ المشتري، وإنْ كان فيه خيارٌ فهو على عاقلةِ الذي تَصيرُ له؛ لأنَّه إنَّما أُنزلَ قاتلاً باعتبارِ التَّقصيرِ في الحِفْظِ، ولا يجبُ إلَّا على مَنْ له وِلايةُ الحِفْظِ، والوِلايةُ تُستفادُ بالمِلكِ، ولهذا كانت الدِّيةُ على عاقلةِ صاحبِ الدَّارِ دونَ المُودعِ، والمِلكُ للمشتري قبلَ القَبضِ في البيعِ الباتِّ، وفي المشروطِ فيه الخيارُ يُعتَبرُ قَرارُ المِلك كما في صدقة الفطر.

وله: أنَّ القدرةَ على الحِفظِ باليدِ لا بالمِلكِ، ألا يُرى أنَّه يَقتَدِرُ على الحفظِ باليدِ دونَ المِلكِ، ولا يَقتدِرُ بالمِلكِ دونَ اليدِ، وفي الباتِّ اليدُ للبائعِ قبلَ القبضِ، وكذا فيما فيه الخيارِ لأحدهما قبلَ القبضِ؛ لأنَّه دونَ الباتِّ.

وَمَنْ كان في يَدِهِ دارٌ فَوُجِدَ فيها قَتيلٌ، لم تَعقِلْهُ العاقِلَةُ حتَّى تَشهَدَ الشُّهودُ أنَّها للذي في يَدِهِ. وإنْ وُجِدَ قَتيلٌ في سَفينةٍ، فالقَسامَةُ على مَنْ فيها مِنَ الرُّكَّابِ والمَلَّاحِين. وإنْ وُجِدَ في مَسجِدِ مَحَلَّةٍ، فالقَسامةُ على أهلِها.

ولو كان المبيعُ في يدِ المشتري والخيارُ له، فهو أخصُّ النَّاسِ به تَصرُّفاً، ولو كان الخيارُ للبائع، فهو في يدِهِ مضمونٌ عليه بالقيمةِ كالمَغصوبِ، فَتُعتَبَرُ يدُهُ؛ إذ بها يَقدِرُ على الحفظ.

قال: (وَمَنْ كان في يَدِهِ دارٌ فَوُجِدَ فيها قَتيلٌ، لم تَعقِلْهُ العاقِلَةُ[1] حتَّى تَشهَدَ الشُّهودُ أنَّها للذي في يَدِهِ)؛ لأنَّه لا بدَّ من المِلكِ لصاحبِ اليدِ حتَّى تَعقِلَ العواقلُ عنه، واليدُ وإن كانت دليلاً على المِلكِ لكنَّها مُحتَمِلَةٌ، فلا تكفي لإيجابِ الدِّيةِ على العاقلةِ، كما لا تكفي لاستحقاقِ الشُّفعةِ به في الدَّارِ المَشفوعةِ، فلا بدَّ من إقامةِ البيِّنةِ.

قال: (وإنْ وُجِدَ قَتيلٌ في سَفينةٍ، فالقَسامَةُ على مَنْ فيها مِنَ الرُّكَّابِ والمَلَّاحِين)؛ لأنَّها في أيديهم.

واللَّفظُ[2] يَشمَلُ أربابَها، حتَّى تجبُ على الأربابِ الذين فيها وعلى السُّكَّانِ، وكذا على مَنْ يَمدُّها، المالكُ في ذلك وغيرُ المالكِ سواءٌ، وكذا العَجَلَةُ، وهذا على ما روي عن أبي يوسف ظاهرٌ.

والفرقُ لهما: أنَّ السَّفينةَ تُنقَلُ وتُحوَّلُ، فَيُعتَبَرُ فيها اليدُ دونَ المِلك، كما في الدَّابَّةِ، بخلاف المَحلَّةِ والدَّارِ؛ لأنَّها لا تُنقَلُ.

قال: (وإنْ وُجِدَ في مَسجِدِ مَحَلَّةٍ، فالقَسامةُ على أهلِها)؛ لأنَّ التَّدبيرَ فيه إليهم.

---

(١) يعني: إذا أنكرتِ العاقلةُ كونَ الدَّارِ لصاحبِ اليدِ، وقالوا: إنَّها وديعةٌ أو مُستعارَةٌ أو مُستأجَرَة. عناية.

(٢) أي: لفظُ القدوري، وهو قوله: «على مَنْ فيها من الرُّكَّابِ والمَلَّاحين» يَشمَلُ أربابَها، أي: مُلَّاكَها وغيرَ مُلَّاكِها. عناية.

وإنْ وُجِدَ في المَسجِدِ الجامِعِ، أو الشَّارعِ الأعظَمِ، فلا قَسامَةَ فيه، والدِّيَةُ على بيتِ المالِ. ولو وُجِدَ في السُّوقِ: إنْ كان مَملُوكاً فعند أبي يوسف تجبُ على السُّكان، وعندهما: على المالك، وإنْ لم يكنْ مَملُوكاً كالشَّوارعِ العامَّةِ التي بُنِيَتْ فيها، فعلى بَيتِ المالِ. ولو وُجِدَ في السِّجنِ فالدِّيَةُ على بيتِ المالِ، وعلى قولِ أبي يوسف الدِّيَةُ والقَسامَةُ على أهلِ السِّجنِ. وإنْ وُجِدَ في بَرِّيَّةٍ ليس بِقُربِها عِمارَةٌ، فهو هَدْرٌ. ....

(وإنْ وُجِدَ في المَسجِدِ الجامِعِ، أو الشَّارعِ الأعظَمِ، فلا قَسامَةَ فيه، والدِّيَةُ على بيتِ المالِ)؛ لأنَّه للعامَّةِ، لا يَختَصُّ به واحدٌ منهم، وكذلك الجُسُورُ العامَّةُ، ومالُ بيتِ المالِ مالُ عامَّةِ المسلمين.

(ولو وُجِدَ في السُّوقِ):

- (إنْ كان مَملُوكاً فعند أبي يوسف تجبُ على السُّكان، وعندهما: على المالك).
- (وإنْ لم يكنْ مَملُوكاً كالشَّوارعِ العامَّةِ التي بُنِيَتْ فيها، فعلى بَيتِ المالِ)؛ لأنَّه لجماعةِ المسلمين.

(ولو وُجِدَ في السِّجنِ فالدِّيَةُ على بيتِ المالِ، وعلى قولِ أبي يوسف الدِّيَةُ والقَسامَةُ على أهلِ السِّجنِ)؛ لأنَّهم سُكَّانٌ، وولايةُ التَّدبيرِ إليهم، والظَّاهرُ أنَّ القتلَ حصَلَ منهم.

وهما يقولان: إنَّ أهلَ السِّجنِ مَقهورونَ، فلا يَتَناصرون، فلا يَتعلَّقُ بهم ما يجبُ لأجلِ النُّصرةِ، ولأنَّه بُني لاستيفاءِ حقوقِ المسلمين، فإذا كان غُنْمُه يعودُ إليهم فَغُرْمُه يَرجِع عليهم.

قالوا: وهذه فُرَيعَةُ المالِكِ والسَّاكِنِ، وهي مُختَلَفٌ فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف.

قال: (وإنْ وُجِدَ في بَرِّيَّةٍ ليس بِقُربِها عِمارَةٌ، فهو هَدْرٌ). وتفسيرُ القُربِ ما ذكرنا من استماعِ الصَّوتِ؛ لأنَّه إذا كان بهذه الحالةِ لا يَلحَقُهُ الغَوثُ من غيرِه، فلا يُوصَفُ أحدٌ بالتَّقصيرِ.

وإنْ وُجِدَ بينَ قَرِيَتَينِ كان على أقرَبِهما. وإنْ وُجِدَ في وَسَطِ الفُراتِ، يَمُرُّ به الماءُ، فهو هَدْرٌ، وإنْ كان مُحتَبَساً بالشَّاطئِ، فهو على أقرَبِ القُرَى من ذلك المكانِ. وإنِ ادَّعَى الوليُّ على واحدٍ من أهلِ المَحَلَّةِ بِعَينِهِ، لم تَسقُطِ القَسامةُ عنهم، وإنِ ادَّعى على واحدٍ مِنْ غيرِهِم سَقَطَتْ عنهم. ....

وهذا إذا لم تكن مملوكةً لأحدٍ، أمَّا إذا كانت فالدِّيَةُ والقَسامةُ على عاقلتِهِ.

(وإنْ وُجِدَ بينَ قَرِيَتَينِ كان على أقرَبِهما)، وقد بيَّنَّاه[1].

(وإنْ وُجِدَ في وَسَطِ الفُراتِ[2]، يَمُرُّ به الماءُ، فهو هَدْرٌ)؛ لأنَّه ليس في يدِ أحدٍ، ولا في مِلْكِهِ.

(وإنْ كان مُحتَبَساً بالشَّاطئِ، فهو على أقرَبِ القُرَى من ذلك المكانِ)، على التَّفسيرِ الذي تقدَّم[3]، لأنَّه اختُصَّ بِنُصرةِ هذا المَوضعِ، فهو كالموضوعِ على الشَّطِّ، والشَّطُّ في يدِ مَنْ هو أقرب منه، ألا ترى أنَّهم يَستَقونَ منه الماءَ، ويُورِدُونَ بَهائِمَهُم فيها.

بخلافِ النَّهرِ الذي يُستَحَقُّ به الشُّفعةُ؛ لاختصاصِ أهلِها به؛ لقيامِ يَدِهِم عليه، فتكونُ القَسامةُ والدِّيَةُ عليهم.

قال: (وإنِ ادَّعَى الوليُّ على واحدٍ من أهلِ المَحَلَّةِ بِعَينِهِ، لم تَسقُطِ القَسامةُ عنهم[4])، وقد ذكرناه[5] وذكرنا فيه القياسَ والاستحسانَ. قال: (وإنِ ادَّعى على واحدٍ مِنْ غيرِهِم سَقَطَتْ عنهم)، ....

---

(١) يعني: في مسألة: «وإن مرَّت دابَّةٌ بين قريتين وعليها قتيلٌ»، انظر ص (٥٩٣).

(٢) يريد به الفُراتَ وكلَّ نَهرٍ عظيم؛ لعَدَمِ خُصوصيَّةِ الفُراتِ بذلك، وكذلك ذِكرُ الوَسَطِ ليس للتَّخصيصِ، بل الماءُ ما دامَ جارياً بالقتيل، كان حكمُ الشَّطِّ كحكمِ الوسط. عناية.

(٣) أراد به قوله: «قيل: هذا محمولٌ على ما إذا كان بحيثُ يَبلُغُ أهلَهُ الصَّوت».

(٤) يعني: والدِّيَةُ على عواقِلِهم. عناية.

(٥) يعني: قوله: «ولو ادَّعى على البعض بأعيانهم أنَّه قَتَل وليَّه»، انظر ص (٥٩٠).

وإذا التَقَى قومٌ بالسُّيوفِ، فَأُجلُوا عن قَتيلٍ، فهو على أهلِ المَحَلَّةِ، إلَّا أن يدَّعيَ الأولياءُ على أولئك، أو على رجلٍ منهم بِعَينِهِ، فلم يكنْ على أهلِ المَحَلَّةِ شيءٌ ولا على أولئكَ حتَّى يُقيموا البيِّنةَ. ....

وقد بيَّنَّاه من قبل[1].

ووجهُ الفَرقِ: هو أنَّ وُجوبَ القَسامةِ عليهم دليلٌ على أنَّ القاتلَ منهم، فَتَعيينُهُ واحداً منهم لا يُنافي ابتداءَ الأمرِ[2]؛ لأنَّه[3] منهم. بخلافِ ما إذا عيَّنَ مِن غيرِهم؛ لأنَّ ذلك بيانٌ أنَّ القاتلَ ليس منهم، وهم إنَّما يَغرَمُون إذا كان القاتلُ منهم؛ لكونِهِم قَتَلَةً تقديراً حيثُ لم يأخذوا على يدِ الظَّالمِ، ولأنَّ أهل المَحَلَّةِ لا يَغرمونَ بِمُجرَّدِ ظهورِ القتيلِ بينَ أظهُرِهِم إلَّا بِدَعوى الوليِّ، فإذا ادَّعَى القتلَ على غيرِهِم امتَنَع دعواه عليهم وسَقَطَ؛ لِفَقدِ شرطِهِ[4].

قال: (وإذا التَقَى قومٌ بالسُّيوفِ، فَأُجلُوا عن قَتيلٍ[5]، فهو على أهلِ المَحَلَّةِ)؛ لأنَّ القتيلَ بينَ أظهُرِهِم والحِفظَ عليهم، (إلَّا أن يدَّعيَ الأولياءُ على أولئك، أو على رجلٍ منهم بِعَينِهِ، فلم يكنْ على أهلِ المَحَلَّةِ شيءٌ)؛ لأنَّ هذه الدَّعوى تَضمَّنت براءةَ أهلِ المَحَلَّةِ عن القَسامةِ، قال: (ولا على أولئكَ حتَّى يُقيموا البيِّنةَ)؛ لأنَّ بِمُجرَّدِ الدَّعوى لا يَثبُتُ الحقُّ[6]؛ للحديث الذي رويناه[7]، أمَّا يَسقُطُ به الحقُّ عن أهلِ المَحَلَّةِ؛ لأنَّ قولَهُ حُجَّةٌ على نفسِهِ.

---

(١) يريد به قولَه: «هذا الذي ذكرنا إذا ادَّعى الوليُّ القتلَ على جميعِ أهلِ المَحَلَّة»، انظر ص (٥٨٩).

(٢) أي: ابتداء القسامة؛ لأنَّ الشَّرعَ أوجبَ القَسامةَ على أهل المَحَلَّةِ. بناية.

(٣) أي: الواحد الذي عيَّنَه.

(٤) أي: شرط الدعوى؛ لأنَّه ادَّعى على غيرِ أهل المَحَلَّةِ، فقد أبرأهم عن ذلك، فلا تُسمَعُ بعد ذلك. بناية.

(٥) أي: انكشَفُوا عنه وانفَرَجُوا. عناية.

(٦) أي: الاستحقاقُ عند إنكارِ المُدَّعى عليه.

(٧) أراد قوله ﷺ: «البينة على المدَّعي ...».

ولو وُجِدَ قَتيلٌ في مُعَسكَرٍ أقامُوهُ بِفَلاةٍ من الأرضِ، لا مِلكَ لأحدٍ فيها، فإنْ وُجِدَ في خِباءٍ أو فُسطاطٍ فعَلَى مَنْ يَسكُنُها الدِّيةُ والقَسامَةُ، وإنْ كان خارجاً مِنَ الفُسطاطِ فَعَلَى أقربِ الأخبيةِ، وإنْ كان القَومُ لَقَوا قِتالاً وَوُجِدَ قَتيلٌ بينَ أظْهرِهِم، فلا قَسامَةَ ولا دِيَةَ. وإنْ كان للأرضِ مالكٌ، فالعَسكَرُ كالسُّكانِ، فَيَجِبُ على المالِكِ عند أبي حنيفة. وإذا قال المُستَحلَفُ: «قتَلَهُ فُلانٌ» استُحلِفَ باللهِ «ما قتَلْتُ، ولا عَرَفتُ له قاتلاً غيرَ فُلانٍ». ....

(ولو وُجِدَ قَتيلٌ في مُعَسكَرٍ أقامُوهُ بِفَلاةٍ من الأرضِ، لا مِلكَ لأحدٍ فيها، فإنْ وُجِدَ في خِباءٍ أو فُسطاطٍ[١] فعَلَى مَنْ يَسكُنُها الدِّيةُ والقَسامَةُ، وإنْ كان خارجاً مِنَ الفُسطاطِ فَعَلَى أقربِ الأخبيةِ[٢]) اعتباراً لليدِ عندَ انعدامِ المِلكِ.

(وإنْ كان القَومُ لَقَوا قِتالاً وَوُجِدَ قَتيلٌ بينَ أظْهرِهِم، فلا قَسامَةَ ولا دِيَةَ)؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّ العدوَّ قتَلَهُ، فكان هَدْراً، وإن لم يَلقَوا عدوّاً فعلى ما بيَّنَّاه[٣].

(وإنْ كان للأرضِ مالكٌ، فالعَسكَرُ كالسُّكانِ، فَيَجِبُ على المالِكِ عند أبي حنيفة) خلافاً لأبي يوسف، وقد ذكرناه[٤].

قال: (وإذا قال المُستَحلَفُ: «قتَلَهُ فُلانٌ» استُحلِفَ باللهِ «ما قتَلْتُ، ولا عَرَفتُ له قاتلاً غيرَ فُلانٍ»)؛ لأنَّه يريدُ إسقاطَ الخُصومةِ عن نفسِهِ بقولِهِ، فلا يُقبَلُ، فَيَحلِفُ على ما ذكرنا؛ لأنَّه لمَّا أقَرَّ بالقَتلِ على واحدٍ صارَ مُستَثنى عن اليمين، فَبَقِي حُكمُ مَنْ سِواهُ، فَيَحلِفُ عليه.

---

(١) الخِباء: الخَيمةُ من الصُّوف. والفُسطاط: الخيمةُ العظيمةُ، فكان أعظَمَ من الخباء. عناية.

(٢) قيل: هذا إذا نَزَلُوا قبائلَ قبائلَ مُتفرِّقين، أمَّا إذا نَزَلُوا مُختلِطِين فالدِّيةُ والقَسامةُ عليهم. عناية.

(٣) إشارة إلى قوله: «ولو وُجِدَ قتيلٌ في معسكرٍ أقاموا ...» إلخ.

(٤) إشارة إلى ما ذَكَر عند قوله: «ولا يدخل السُّكان مع المُلَّاك في القَسامة ...». عناية.

وإذا شَهِدَ اثنانِ مِنْ أهلِ المَحَلَّةِ على رجلٍ مِنْ غيرِهِم أنه قَتَلَ، لم تُقبَلْ شَهادَتُهما.

قال: (وإذا شَهِدَ اثنانِ مِنْ أهلِ المَحَلَّةِ على رجلٍ مِنْ غيرِهِم أنَّه قَتَلَ، لم تُقبَلْ شَهادَتُهما[1])، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: تُقبَلُ لأنَّهم كانوا بِعُرْضَةِ أن يَصيروا خُصماءَ، وقد بطَلَتِ العُرْضيةُ بِدَعوى الوليِّ القتلَ على غيرِهِم، فَتُقبَل شهادَتُهُم، كالوكيل بالخُصومةِ[2] إذا عُزِلَ قبلَ الخُصومةِ.

وله: أنَّهم خُصماءُ بإنزالِهِم قاتلينَ للتَّقصيرِ الصَّادرِ منهم، فلا تُقبَلُ شهادَتُهُم وإن خَرَجُوا من جملةِ الخُصومِ، كالوصيِّ إذا خَرَجَ من الوِصايةِ بعدما قَبِلَها، ثمَّ شَهِدَ[3].

قال ﷺ: وعلى هذينِ الأصلَينِ[4] يَتخرَّجُ كثيرٌ من المسائلِ من هذا الجنس[5].

---

(١) أي: إذا ادَّعَى الوليُّ على رجلٍ من غيرِ أهلِ المَحَلَّةِ، وشَهِدَ اثنانِ من أهلِ المَحَلَّةِ عليه أنَّه قتَلَه.

(٢) أي: كشهادةِ الوكيل بالخصومةِ إذا عُزِل قبلَ الخصومةِ، فشهد لموكِّلُهُ، فإنَّ شهادَتَهُ تُقبلُ.

(٣) أي: فلا تُقبلُ شهادتُهُ.

(٤) يعني: الأصلَينِ المُجمَعِ عليهما:
أحدهما: أنَّ كلَّ مَنِ انتَصَبَ خَصْماً في حادثةٍ، ثمَّ خَرَجَ من كونِهِ خَصماً، لم تُقبَلْ شهادتُهُ في تلكِ الحادثةِ بالإجماعِ، كالوكيلِ إذا خاصَمَ ثمَّ عُزِلَ.
والثاني: إذا كانت لرجلٍ عُرضيَّةٌ أن يَصيرَ خَصْماً، ثمَّ بطَلَتْ تلك العُرضيَّةُ، فشَهِدَ، قُبِلَت شهادتُهُ بالإجماعِ.
فأبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ جَعَلَ ما نحن فيه من الأصل الأوَّل؛ لأنَّهم صاروا خُصماءَ في هذه الحادثةِ؛ لِوُجودِ القتيلِ بين أظهرِهِم، فإنَّه السَّببُ المُوجِبُ للقسامةِ والدِّيةِ. وهما جَعلاهُ من الأصلِ الثَّاني؛ لأنَّهم إنَّما يكونون خُصماءَ لو ادَّعى الوليُّ القتلَ عليهم، فإذا ادَّعى على غيرِهِم زالت العُرضيَّةُ فَتُقبَل شهادَتُهم. عناية.

(٥) أمَّا على الأصلِ الأوَّلِ، فمسألةُ الوكيلِ إذا خاصَمَ في مَجلِسِ الحُكمِ ثمَّ عُزِل كما مَرَّ، والوصيِّ في حقوقِ اليتيمِ خاصَمَ أو لم يُخاصِم كما مَرَّ.
وأمَّا على الأصلِ الثَّاني فمسألةُ الشَّفيعينِ إذا شَهِدا على المُشتري بالشِّراءِ وهما لا يَطلُبانِ الشُّفعةَ، تُقبلُ شهادَتُهما؛ لأنَّهما بِعُرضيَّةٍ أن يَصيرا خَصمين، بطَلَتِ الشُّفعةُ وقد بَطَلَت بتَركِها. عناية.

ولو ادَّعَى على واحدٍ من أهلِ المَحَلَّةِ بعَينِهِ، فشَهِدَ شاهدانِ مِنْ أهلِها عليه، لم تُقبَلِ الشَّهادةُ. ومَنْ جُرِحَ في قَبيلةٍ، فَنُقِلَ إلى أهلِهِ، فماتَ من تلكَ الجِراحةِ، فإنْ كان صاحِبَ فراشٍ حتَّى ماتَ فالقَسامةُ والدِّيةُ على القبيلةِ، وهذا قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: لا قَسامَةَ ولا دِيةَ. ....

قال: (ولو ادَّعَى على واحدٍ من أهلِ المَحَلَّةِ بعَينِهِ، فشَهِدَ شاهدانِ مِنْ أهلِها عليه، لم تُقبَلِ الشَّهادةُ)؛ لأنَّ الخُصومةَ قائمةٌ مع الكلِّ على ما بيَّنَّاه[1]، والشَّاهدُ يَقطَعُها[2] عن نفسِهِ فكان مُتَّهماً[3].

وعن أبي يوسف: أنَّ الشُّهودَ يُحلَّفون «بالله ما قَتلناهُ»، ولا يَزدادونَ على ذلك؛ لأنَّهم أخبروا أنَّهم عَرَفُوا القاتلَ.

قال: (ومَنْ جُرِحَ في قَبيلةٍ[4]، فَنُقِلَ إلى أهلِهِ، فماتَ من تلكَ الجِراحةِ، فإنْ كان صاحِبَ فراشٍ حتَّى ماتَ فالقَسامةُ والدِّيةُ على القبيلةِ، وهذا قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: لا قَسامَةَ ولا دِيةَ)؛ لأنَّ الذي حَصَل في القبيلةِ والمَحَلَّةِ ما دونَ النَّفسِ ولا قَسامةَ فيه، فصار كما إذا لم يكن صاحِبَ فراش.

وله: أنَّ الجَرْحَ إذا اتَّصَلَ به الموتُ صارَ قَتْلاً، ولهذا وَجَبَ القِصاصُ، فإن كان صاحبَ فراشٍ أُضِيفَ إليه، وإن لم يكنِ احتَمَلَ أن يكونَ الموتُ من غيرِ الجَرحِ، فلا يَلزَمُ بالشَّكِّ.

---

(١) إشارةٌ إلى ما ذَكَر من مسألة «وإنِ ادَّعى الوليُّ على واحدٍ من أهلِ المَحَلَّةِ» في بيان الفرق بقوله: «وهو أنَّ وجوبَ القسامةِ عليهم دليلٌ على أنَّ القاتلَ منهم، فتعيينُهُ واحداً منهم لا ينافي ابتداءَ الأمرِ». عناية.

(٢) أي: يقطعُ الخصومةَ.

(٣) فلا تُقبلُ شهادتُهُ.

(٤) يعني: ولم يُعلَمِ الجارحُ؛ لأنَّه لو عُلِمَ سَقَطَت القَسامةُ، بل فيه القِصاصُ على الجارحِ إن كان عمداً، والدِّيةُ على العاقلةِ إذا كان خطأً. بناية.

ولو أنَّ رجلاً معه جَرِيحٌ بِهِ رَمَقٌ حَمَلَه إنسانٌ إلى أهلِهِ، فمَكَثَ يوماً أو يَومَينِ ثمَّ ماتَ، لم يَضْمَنِ الذي حمَلَهُ إلى أهلِهِ في قولِ أبي يوسفَ، وفي قياسِ قولِ أبي حنيفة يَضْمَنُ. ولو وَجَدَ رجلٌ قتيلاً في دارِ نَفسِهِ، فَدِيَتُهُ على عاقلتِهِ لِوَرَثتِهِ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد وزفر: لا شيءَ فيه.

(ولو أنَّ رجلاً معه جَرِيحٌ بِهِ رَمَقٌ[1] حَمَلَه إنسانٌ إلى أهلِهِ، فمَكَثَ يوماً أو يَومَينِ ثمَّ ماتَ، لم يَضْمَنِ الذي حمَلَهُ إلى أهلِهِ في قولِ أبي يوسفَ، وفي قياسِ قولِ أبي حنيفة يَضْمَنُ)؛ لأنَّ يدَهُ بمنزلةِ المَحلَّةِ، فوُجُودُهُ جريحاً في يدِهِ كوجودِهِ فيها، وقد ذكرنا وَجْهَي القولينِ فيما قبلَهُ من مسألة القبيلة.

(ولو وَجَدَ رجلٌ قتيلاً في دارِ نَفسِهِ، فَدِيَتُهُ على عاقلتِهِ لِوَرَثتِهِ عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد وزفر: لا شيءَ فيه)؛ لأنَّ الدَّارَ في يدِهِ حينَ وُجِدَ الجَريحُ، فيُجعَلُ كأنَّه قَتَلَ نفسَهُ فيكونُ هَدْراً.

وله: أنَّ القَسامةَ إنَّما تجبُ بناءً على ظُهورِ القَتلِ، ولهذا لا يَدخلُ في الدِّيةِ مَنْ مات قبل ذلك[2]، وحالَ ظهورِ القَتلِ الدَّارُ لِلوَرثةِ، فَتَجبُ على عاقلتِهِم.

بخلافِ المُكاتَبِ[3] إذا وُجِدَ قتيلاً في دارِ نفسِهِ؛ لأنَّ حالَ ظُهورِ قَتلِهِ بقيتِ الدَّارُ على حُكمِ مِلكِهِ، فَيَصيرُ كأنَّه قَتَلَ نفسَهُ فَيُهدَرُ دمُهُ[4].

---

(١) أي: بقيَّةُ حياة.

(٢) أي: قبلَ ظهورِ القَتلِ.

(٣) لمَّا استشعَرَ وُرُودَ مسألةِ المُكاتَبِ إذا وُجِدَ قتيلاً في دارِهِ، كالنَّقضِ على ما ذكَرَ، أشار إلى الجوابِ بقوله: «لأنَّ حالَ ظُهورِهِ ....» إلخ. عناية.

(٤) يعني: إنَّما صار دمُ المُكاتَبِ هَدْراً؛ لأنَّ حالَ ظُهورِ قَتلِهِ بقيتِ الدَّارُ على حُكمِ مِلكِهِ؛ لأنَّ الكتابةَ لا تَنفسِخُ إذا ماتَ عن وفاءٍ، بل يُقضَى به ما عليه، وإذا كان الدَّار على حُكمِ مِلكِ نفسِهِ جُعلَ قتيلَ نفسِهِ، ومَنْ قَتَلَ نفسَهُ كان دمُهُ هَدْراً، بخلافِ الحُرِّ فإنَّه حالَ ظهورِ قَتلِهِ لم تكنِ الدَّارُ على حُكمِ مِلكِهِ؛ لِعَدَمِ قابليَّةِ الميِّتِ للمِلْكِ، وإنَّما انتقَلَ إلى وَرَثَتِهِ فكان كقتيلٍ وُجِدَ في دارِ غيرِهِ ولم يُعلَم له قاتلٌ، فتجبُ فيه القَسامةُ والدِّية. عناية.

ولو أنَّ رَجلَينِ كانا في بيتٍ وليس مَعَهُما ثالثٌ، فَوُجِدَ أحَدُهما مَذبوحاً، قال أبو يوسف: يَضمَنُ الآخَرُ الدِّيةَ، وقال محمَّدٌ: لا يَضمَنُهُ. ولو وُجِدَ قَتيلٌ في قَريةٍ لامرأةٍ، فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القَسامَةُ، تُكرَّرُ عليها الأيمانُ، والدِّيةُ على عاقِلَتِها، أقربِ القبائلِ إليها في النَّسبِ، وقال أبو يوسف: القَسامةُ على العاقِلَةِ أيضاً. ولو وُجِدَ رَجلٌ قتيلاً في أرضِ رَجلٍ إلى جانبِ قَريةٍ ليس صاحِبُ الأرضِ مِنْ أهلِها، قال: هو على صاحِبِ الأرضِ.

(ولو أنَّ رَجلَينِ كانا في بيتٍ وليس مَعَهُما ثالثٌ، فَوُجِدَ أحَدُهما مَذبوحاً، قال أبو يوسف: يَضمَنُ الآخَرُ الدِّيةَ، وقال محمَّدٌ: لا يَضمَنُهُ)؛ لأنَّه يَحتمِلُ أنَّهُ قَتَلَ نفسَهُ، فكان التَّوهُّمُ، ويَحتمِلُ أنَّه قتَلَهُ الآخَرُ فلا يَضمَنُهُ بالشَّكِّ.

ولأبي يوسف: أنَّ الظَّاهرَ أنَّ الإنسانَ لا يَقتُلُ نفسَهُ، فكان التَّوهُّمُ ساقطاً، كما إذا وُجِدَ قتيلٌ في مَحَلَّة[1].

(ولو وُجِدَ قَتيلٌ في قَريةٍ لامرأةٍ، فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القَسامَةُ، تُكرَّرُ عليها الأيمانُ، والدِّيةُ على عاقِلَتِها، أقربِ القبائلِ إليها في النَّسبِ. وقال أبو يوسف: القَسامةُ على العاقِلَةِ أيضاً)؛ لأنَّ القَسامةَ إنَّما تجبُ على مَنْ كان من أهلِ النُّصرةِ، والمرأةُ ليست من أهلِها، فأشبهَتِ الصَّبيَّ.

ولهما: أنَّ القَسامةَ لِنَفي التُّهمةِ، وتُهمةُ القَتلِ من المرأةِ مُتحقِّقةٌ.

قال المتأخِّرون: إنَّ المرأةَ تدخلُ مع العاقلةِ في التَّحمُّلِ في هذه المسألةِ؛ لأنَّا أنزلناها قاتلةً، والقاتلُ يُشارِكُ العاقلةَ.

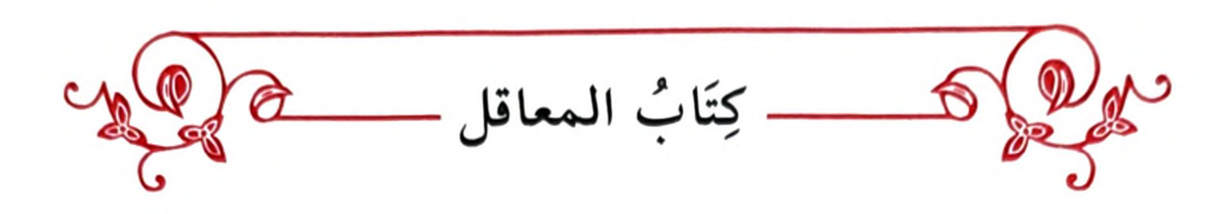
(ولو وُجِدَ رَجلٌ قتيلاً في أرضِ رَجلٍ إلى جانبِ قَريةٍ ليس صاحِبُ الأرضِ مِنْ أهلِها، قال: هو على صاحِبِ الأرضِ[2])؛ لأنَّه أحقُّ بِنُصرةِ أرضِهِ من أهل القريةِ.

---

(١) يعني: أنَّ تَوهُّمَ قَتلِ نفسِهِ فيه موجودٌ ولم يُعتَبَرْ، فكذلك هاهنا. عناية.

(٢) أي: وجوبُ القسامةِ والدِّيةِ على صاحب الأرض.

كتاب المعاقل



كِتَابُ المعاقل

والدِّيةُ في شِبْهِ العَمدِ والخَطإ، وكلُّ ديةٍ تَجِبُ بِنَفسِ القَتلِ على العاقلةِ، والعاقِلَةُ الذين يَعقِلُونَ، ....

(كتاب المعاقل)

«المَعاقِلُ» جمعُ «مَعقُلَة»، وهي الدِّيةُ، وتُسمَّى الدِّيةُ عَقلاً؛ لأنَّها تَعقِلُ الدِّماءَ مِنْ أن تُسفَكَ، أي: تُمسِك.

قال: (والدِّيةُ في شِبْهِ العَمدِ والخَطإ، وكلُّ ديةٍ تَجِبُ بِنَفسِ القَتلِ على العاقلةِ، والعاقِلَةُ الذين يَعقِلُونَ) يعني: يُؤدُّونَ العَقْلَ، وهو الدِّيةُ، وقد ذكرناه في الدِّيات.

والأصلُ في وُجوبِها على العاقِلَةِ قولُهُ ﷺ في حديثِ حَمَلِ بنِ مالك رضي الله عنه للأولياء: «قُومُوا فَدُوه»[1]، ولأنَّ النَّفسَ مُحتَرَمةٌ، لا وَجهَ إلى الإهدارِ، والخاطئُ مَعذُورٌ، وكذا الذي تولَّى شِبهَ العَمدِ[2] نَظَراً إلى الآلةِ، فلا وَجْهَ إلى إيجابِ العُقوبةِ عليه، وفي إيجابِ مالٍ عظيمٍ إجحافُهُ واستئصالُهُ، فَيَصيرُ عُقوبةً، فَضُمَّ إليه العاقلةُ تحقيقاً للتَّخفيف.

وإنَّما خُصُّوا بالضَّمِّ؛ لأنَّه إنَّما قَصَّرَ[3] لِقوَّةٍ فيه، وتلك بأنصارِهِ، وهم العاقلةُ، فكانوا هم المُقصِّرينَ في تَركِهِم مُراقبَتَهُ، فَخُصُّوا به.

---

(١) لم أعثر عليه.

(٢) وهو الذي ضَرَبَه بالسَّوط الصَّغير حتَّى قَتَلَه. بناية.

(٣) يعني: أنَّ القاتلَ إنَّما قصَّرَ حالةَ الرَّمي في التَّثبُّتِ والتَّوقُّف. عناية.

والعاقِلَةُ أهلُ الدِّيوانِ إنْ كان القاتلُ من أهلِ الدِّيوانِ، يُؤخَذُ مِنْ عَطاياهم في ثَلاثِ سِنينَ، ....

قال: (والعاقِلَةُ أهلُ الدِّيوانِ إنْ كان القاتلُ من أهلِ الدِّيوانِ، يُؤخَذُ مِنْ عَطاياهم في ثَلاثِ سِنينَ). وأهلُ الدِّيوانِ أهلُ الرَّاياتِ، وهم الجيشُ الذين كُتِبَت أسامِيهم في الدِّيوانِ، وهذا عندنا.

وقال الشَّافعيُّ[1]: الدِّيةُ على أهلِ العَشيرةِ؛ لأنَّه كان كذلك على عَهدِ رسولِ اللهِ ﷺ، ولا نَسْخَ بعدَهُ، ولأنَّه صِلَةٌ، والأولى بها الأقاربُ.

ولنا قَضيَّةُ عمر رضي الله عنه، فإنَّه لمَّا دوَّنَ الدَّواوينَ جَعَلَ العَقْلَ على أهلِ الدِّيوانِ، وكان ذلك بِمَحضَرٍ من الصَّحابةِ رضي الله عنهم من غيرِ نكيرٍ منهم، وليس ذلك بِنَسخٍ بل هو تقريرُ معنى؛ لأنَّ العَقْلَ كان على أهلِ النُّصرةِ، وقد كانت بأنواع: بالقَرابةِ، والحِلْفِ، والوَلاءِ، والعَدِّ[2].

وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالدِّيوان، فَجَعَلَها على أهلِهِ اتِّباعاً للمعنى، ولهذا قالوا: لو كان اليومَ قومٌ تَناصُرُهم بالحِرَفِ، فَعاقِلَتُهُم أهلُ الحِرفَةِ، وإنْ كان بالحِلْفِ فأهلُهُ.

والدِّيةُ صِلَةٌ كما قال، لكن إيجابُها فيما هو صِلَةٌ - وهو العَطاء - أولى منه في أصولِ أموالِهِم.

والتَّقديرُ بثلاثِ سنينَ مرويٌّ عن النَّبيِّ ﷺ، ومَحكيٌّ عن عمر رضي الله عنه، ولأنَّ الأخذَ من العطاءِ للتَّخفيفِ، والعطاءُ يُخرَجُ في كلِّ سنة مرَّةً.

---

(١) انظر مغني المحتاج (٤/ ٩٦)، وحاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي (٤/ ١٥٤).

(٢) وهو أن يُعَدَّ فيهم، يقال: «فلانٌ عَديدُ بني فلان» إذا عُدَّ فيهم. عناية.

فإن خَرَجَتِ العطايا في أكثَرَ مِنْ ثلاثِ سِنينَ أو أقَلَّ، أُخِذَ منها. ....

(فإن خَرَجَتِ العطايا في أكثَرَ مِنْ ثلاثِ سِنينَ[1] أو أقَلَّ، أُخِذَ منها) لِحُصولِ المَقصودِ[2].

وتأويلُهُ إذا كانتِ العطايا للسِّنين المُستقبَلةِ بعد القضاءِ، حتَّى لو اجتمعت في السِّنينَ الماضيةِ قبلَ القضاءِ، ثمَّ خَرَجَت بعد القضاءِ لا يُؤخَذُ منها؛ لأنَّ الوجوبَ بالقضاءِ على ما نبيِّنُ إن شاء الله تعالى.

ولو خَرَجَ للقاتلِ ثلاثُ عطايا في سنةٍ واحدةٍ - معناه: في المستقبل - يُؤخَذُ منها كلُّ الدِّيةِ لِما ذكرنا.

وإذا كان جميعُ الدِّيةِ في ثلاثِ سنين، فكلُّ ثُلُثٍ منها في سنةٍ.

وإن كان الواجبُ بالعَقلِ ثُلُثُ ديةِ النَّفسِ أو أقَلُّ، كان في سنةٍ واحدةٍ، وما زاد على الثُّلُثِ إلى تمامِ الثُّلُثينِ في السَّنةِ الثَّانية، وما زاد على ذلك إلى تمام الدِّيةِ في السَّنة الثَّالثة.

وما وَجَبَ على العاقلةِ من الدِّيةِ، أو على القاتلِ بأنْ قَتَلَ الأبُ ابنَهُ عمداً، فهو في مالِهِ في ثلاثِ سنين.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[3]: وما وَجَبَ على القاتلِ في مالِهِ فهو حالٌّ؛ لأنَّ التَّأجيلَ للتَّخفيفِ؛ لِتَحمُّلِ العاقلةِ، فلا يُلحَقُ به العمدُ المَحضُ.

---

(١) مِثلُ أن تَخرُجَ عطاياهم الثَّلاثُ في سِتِّ سنين، يُؤخَذُ منهم في كلِّ سنةٍ سُدُسُ الدِّيةِ، وإنْ خَرَجت عطاياهم الثَّلاثُ في سنةٍ واحدةٍ أُخِذ منهم الدِّية فيها. عناية.

(٢) يعني: أنَّ المقصودَ أن يكونَ المأخوذُ منهم من الأعطية، وذلك يَحصُلُ بالأخذِ من عطاياهم، سواءٌ كانت في أكثَرَ من ثلاثِ سنين أو في أقلَّ منها. عناية.

(٣) قال الشَّافعية: ديةُ العمدِ مثلَّثةٌ في مالِ الجاني حالَّةٌ، فهي مُغلَّظةٌ من ثلاثةِ أوجه: كونُها على الجاني، وحالَّةً، ومن جهة السِّنِّ. انظر مغني المحتاج شرح منهاج الطالبين (٤/ ٥٣).

ومَنْ لم يَكنْ مِنْ أهلِ الدِّيوانِ فَعاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ، وتُقسَمُ عليهم في ثلاثِ سنينَ، لا يُزادُ الواحدُ على أربعةِ دراهمَ في كلِّ سنةٍ، ويَنقُصُ منها، وإنْ لم يكنْ تَتَسِّعُ القبيلةُ لذلكَ ضُمَّ إليهم أقرَبُ القبائلَ. ....

ولنا: أنَّ القياس يأباه[1]، والشَّرعُ وَرَدَ به مُؤجَّلاً فلا يَتعدَّاه.

ولو قَتَلَ عشرةٌ رجلاً خطأً، فَعَلى كلِّ واحدٍ عُشرُ الدِّيةِ في ثلاثِ سنينَ، اعتباراً للجزءِ بالكلِّ؛ إذ هو بدَلُ النَّفسِ.

وإنَّما يُعتَبَرُ مدَّةُ ثلاثِ سنينَ من وَقتِ القضاءِ بالدِّيةِ؛ لأنَّ الواجبَ الأصليَّ المِثلُ، والتَّحوُّلُ إلى القيمةِ بالقضاءِ، فَيُعتَبَرُ ابتداؤها من وَقتِهِ[2] كما في وَلدِ المَغرورِ.

قال: (ومَنْ لم يَكنْ مِنْ أهلِ الدِّيوانِ فَعاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ)؛ لأنَّ نُصرتَهُ بهم، وهي المُعتَبَرَةُ في التَّعاقل.

قال: (وتُقسَمُ عليهم في ثلاثِ سنينَ، لا يُزادُ الواحدُ على أربعةِ دراهمَ في كلِّ سنةٍ، ويَنقُصُ منها).

قال رضي الله عنه: كذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره، وهذا إشارةٌ إلى أنَّه يُزادُ على أربعةٍ من جميعِ الدِّيةِ، وقد نَصَّ محمدٌ رحمه الله على أنَّه لا يُزادُ على كلِّ واحدٍ من جميعِ الدِّيةِ في ثلاثِ سنينَ على ثلاثةٍ أو أربعةٍ، فلا يُؤخَذُ من كلِّ واحدٍ في كلِّ سنةٍ إلَّا درهمٌ، أو درهمٌ وثُلُثُ درهمٍ، وهو الأصحُّ.

قال: (وإنْ لم يكنْ تَتَسِّعُ القبيلةُ لذلكَ ضُمَّ إليهم أقرَبُ القبائلَ)، معناه: نسباً، كلُّ ذلك لمعنى التَّخفيفِ. ويُضَمُّ الأقربُ فالأقربُ على ترتيبِ العَصباتِ، الإخوةُ، ثمَّ بَنُوهم، ثمَّ الأعمامُ، ثمَّ بَنُوهم.

---

(١) أي: القياسُ يأبى إيجابَ المالِ بِمُقابلَةِ النَّفسِ، يعني: لا يَقتضيه؛ لأنَّ القياسَ من حُجَجِ الشَّرعِ، وهي لا تتناقض، والشَّرعُ ورد به، أي: بإيجابِ المالِ مُؤجَّلاً في الخطإ، فلا يَتعدَّاه. عناية.
(٢) أي: من وقت القضاء.

ولو كانت عاقلَةُ الرَّجلِ أصحابَ الرِّزقِ، يُقضَى بالدِّيةِ في أرزاقِهم في ثلاثِ سِنينَ، في كلِّ سَنةٍ الثُّلُثُ، ....

وأمَّا الآباءُ والأبناءُ فقيل: يدخلون لِقُربِهِم، وقيل: لا يَدخلُونَ لأنَّ الضَّمَّ لِنَفيِ الحَرَجِ، حتَّى لا يصيبُ كلَّ واحدٍ أكثَرُ من ثلاثةٍ أو أربعةٍ، وهذا المعنى إنَّما يتحقَّقُ عندَ الكثرةِ، والآباءُ والأبناءُ لا يَكثُرون.

وعلى هذا حُكمُ الرَّاياتِ[1] إذا لم يَتَّسِعْ لذلك أهلُ رايةٍ ضُمَّ إليهم أقرَبُ الرَّايات، يعني: أقربَهُم نُصرَةً إذا حَزَبَهم أمرٌ، الأقربُ فالأقربُ، ويُفوَّضُ ذلك إلى الإمامِ لأنَّه هو العالمُ به، ثمَّ هذا كلُّه عندنا.

وعند الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللهُ[2]: يجبُ على كلِّ واحدٍ نصفُ دينارٍ، فيُسوَّى بين الكلِّ؛ لأنَّه صلةٌ فيُعتبَرُ بالزَّكاةِ، وأدناها ذلك، إذ خمسةُ دراهمَ عندهم نِصفُ دينارٍ.

ولكنَّا نقول: هي أحَطُّ رتبةً منها، ألا تَرَى أنَّها لا تُؤخَذُ من أصلِ المالِ، فَيَنتقِصُ منها تحقيقاً لزيادةِ التَّخفيف.

(ولو كانت عاقلَةُ الرَّجلِ أصحابَ الرِّزقِ[3] يُقضَى بالدِّيةِ في أرزاقِهم في ثلاثِ سِنينَ، في كلِّ سَنةٍ الثُّلُثُ)؛ لأنَّ الرِّزقَ في حقِّهم بمنزلةِ العطاءِ قائمٌ مَقامَهُ؛ إذ كلٌّ منهما صلَةٌ من بيتِ المالِ، ثمَّ يُنظَرُ:

- إن كانت أرزاقُهُم تَخرُجُ في كلِّ سنة، فكلَّما يَخرُجُ رِزقٌ يُؤخَذُ منه الثُّلُثُ، بمنزلةِ العطاء.

- وإن كان يَخرُجُ في كلِّ ستَّةِ أشهرٍ، وخرج بعدَ القضاءِ، يُؤخَذُ منه سدسُ الدِّيةِ.

---

(١) يعني: إذا كان القاتلُ من أهل الدِّيوان، فعاقلتُهُ من أهلِ الرَّاية.

(٢) قال الشافعية: يؤخَذُ من كلِّ واحدٍ نصفُ دينارٍ إذا كانوا أغنياء، وفي الوَسَط ربعُ دينارٍ؛ لأنَّ ما دونَ ذلك تافهٌ. انظر المهذب للشيرزاي (٢/ ٢١٤).

(٣) قيل: الفرقُ بين العَطيَّةِ والرِّزقِ أنَّ العطيَّةَ ما يُفرَضُ للمقاتِلَةِ، والرِّزقُ ما يُجعَلُ للفقراءِ المسلمين إذا لم يكونوا مُقاتِلَةً. عناية.

وأدخَلَ القاتلَ مع العاقلَةِ، فيكونُ فيما يُؤدِّي كأحدِهِم. وليس على النِّساءِ والذُّرِّيةِ مِمَّنْ كان له حَظٌّ في الدِّيوانِ عَقلٌ. ....

- وإن كان يَخرُجُ في كلِّ شهرٍ يُؤخَذُ من كلِّ رزقٍ بِحِصَّتِهِ من الشَّهرِ، حتَّى يكونَ المُستوفى في كلِّ سنةٍ مِقدارَ الثُّلُث.

- وإن خَرَجَ بعدَ القضاءِ بيومٍ أو أكثَرَ، أَخَذَ من رزقِ ذلك الشَّهرِ بحِصَّةِ الشَّهر.

- وإن كانت لهم أرزاقٌ في كلِّ شهرٍ وأعطيةٌ في كلِّ سنةٍ، فُرِضَتِ الدِّيَةُ في الأعطيةِ دونَ الأرزاقِ لأنَّه أيسَرُ، إمَّا لأنَّ الأعطيةَ أكثَرُ، أو لأنَّ الرِّزقَ لكفايةِ الوقتِ، فَيَتعسَّرُ الأداءُ منه، والأعطياتُ ليكونوا في الدِّيوانِ قائمينَ بالنُّصرةِ فَيَتيسَّرُ عليهم.

قال: **(وأدخَلَ القاتلَ مع العاقلَةِ[1]، فيكونُ فيما يُؤدِّي كأحدِهِم)**؛ لأنَّه هو الفاعل، فلا معنى لإخراجِهِ ومُؤاخَذةِ غيرِهِ.

وقال الشَّافعيُّ[2]: لا يجبُ على القاتلِ شيءٌ من الدِّيةِ اعتباراً للجزءِ بالكلِّ في النَّفي عنه، والجامعُ كونُهُ مَعذوراً.

قلنا: إيجابُ الكلِّ إجحافٌ بهِ، ولا كذلك إيجابُ الجُزءِ، ولو كان الخاطئُ مَعذوراً فالبريءُ منه أولى، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤].

(وليس على النِّساءِ والذُّرِّيةِ[3] مِمَّنْ كان له حَظٌّ في الدِّيوانِ عَقلٌ)؛ لقول عمر رضي الله عنه: «لا يَعقِلُ مع العاقلةِ صبيٌّ ولا امرأةٌ»[4]، ولأنَّ العقلَ إنَّما يجبُ على أهلِ النُّصرةِ لِتركِهِم مُراقبَتُهُ، والنَّاسُ لا يَتناصَرونُ بالصِّبيانِ والنِّساءِ، ولهذا لا يُوضَعُ عليهم ما هو خَلَفٌ عن النُّصرةِ، وهو الجِزيةُ.

---

(١) يعني: إذا كان القاتلُ من أهل الدِّيوانِ، أمَّا إذا لم يكنْ فلا شيءَ عليه من الدِّيةِ عندنا أيضاً. عناية.

(٢) انظر الأم (٦/ ١٠١)، وروضة الطالبين (٩/ ٣٤٨ وما بعدها) ط المكتب الإسلامي

(٣) أراد بالذُّرِّيَّةِ من لم يَبلُغ.

(٤) قال الزيلعي (٤/ ٣٩٩): غريب.

ولا يَعقِلُ أهلُ مِصرٍ عن مَصرٍ آخَرَ، ويَعقِلُ أهلُ كلِّ مِصرٍ مِنْ أهلِ سَوادِهِم. ومَنْ كان مَنزِلُهُ بالبَصرَةِ ودِيوانُهُ بالكُوفةِ عَقَلَ عنه أهلُ الكوفةِ. ومَنْ جَنَى جِنايةً مِنْ أهلِ المِصرِ وليس له في الدِّيوانِ عَطاءٌ، وأهلُ الباديةِ أقرَبُ إليه ومَسكنُهُ المِصرُ، عَقَلَ عنه أهلُ الدِّيوانِ مِنْ ذلك المِصرِ.

وعلى هذا لو كان القاتلُ صبيّاً أو امرأةً لا شيءَ عليهما من الدِّيةِ، بخلافِ الرَّجلِ؛ لأنَّ وُجوبَ جُزءٍ من الدِّيةِ على القاتلِ باعتبارِ أنَّه أحدُ العواقلِ؛ لأنَّه يَنصُرُ نفسَهُ، وهذا لا يُوجَد فيهما، والفَرْضُ لهما[1] من العطاءِ لِلمَعونةِ لا للنُّصرةِ، كفَرْضِ أزواجِ النَّبيِّ ﷺ ورضي اللهُ عنهنَّ.

(ولا يَعقِلُ أهلُ مِصرٍ عن مَصرٍ آخَرَ)، يريدُ به أنَّه إذا كان لأهلِ كلِّ مصرٍ ديوانٌ على حِدَةٍ؛ لأنَّ التَّناصرَ بالدِّيوانِ عندَ وُجودِهِ، ولو كان باعتبارِ القُرْبِ في السُّكنى فأهلُ مِصرِهِ أقرَبُ إليه من أهلِ مِصرٍ آخَرَ.

(ويَعقِلُ أهلُ كلِّ مِصرٍ مِنْ أهلِ سَوادِهِم)؛ لأنَّهم أتباعُ لأهلِ المِصرِ، فإنَّهم[2] إذا حَزَبَهم أمرٌ استَنْصَرُوا بهم، فَيَعقِلُهم أهلُ المِصرِ باعتبار معنى القُربِ في النُّصرةِ.

(ومَنْ كان مَنزِلُهُ بالبَصرَةِ ودِيوانُهُ بالكُوفةِ عَقَلَ عنه أهلُ الكوفةِ)؛ لأنَّه يَستنصِرُ بأهلِ ديوانِهِ، لا بِجيرانِهِ.

والحاصل: أنَّ الاستنصارَ بالدِّيوانِ أظهرُ، فلا يَظهَرُ معه حُكمُ النُّصرةِ بالقَرابةِ والنَّسَبِ والوَلاءِ وقُربِ السُّكنى وغيرِهِ، وبعدَ الدِّيوانِ النُّصرةُ بالنَّسَبِ على ما بيَّنّاه، وعلى هذا يُخرَّجُ كثيرٌ من صورِ مسائلِ المَعاقلِ.

(ومَنْ جَنَى جِنايةً مِنْ أهلِ المِصرِ وليس له في الدِّيوانِ عَطاءٌ، وأهلُ الباديةِ أقرَبُ إليه ومَسكنُهُ المِصرُ، عَقَلَ عنه أهلُ الدِّيوانِ مِنْ ذلك المِصرِ)، ولم يُشتَرَطْ أن يكونَ بينه وبين أهلِ الدِّيوانِ قرابةٌ، قيل: هو صحيحٌ؛ لأنَّ الذين يَذبُّونَ عن أهلِ المصرِ،

---

(1) أي: للصَّبيِّ والمرأةِ.

(2) أي: أهل السَّواد، وهم أهل القرى.

ولو كان البَدَوِيُّ نازلاً في المِصرِ، لا مَسكَنَ له فيه، لا يَعقِلُهُ أهلُ المِصرِ. وإنْ كان لأهلِ الذِّمَّةِ عَواقِلُ مَعروفةٌ يَتعاقَلُونَ بها، فَقَتَلَ أحَدُهُم قتيلاً، فَدِيَتُهُ على عاقِلَتِهِ بِمَنزلةِ المُسلِمِ، وإنْ لم تَكُنْ لهم عاقِلَةٌ مَعرُوفَةٌ، فالدِّيَةُ في مالِهِ في ثَلاثِ سِنينَ من يَومِ يُقضَى بها عليه. ....

ويَقومُونَ بِنُصرَتِهِم، ويَدفَعونَ عنهم أهلُ الدِّيوانِ من أهلِ المصرِ، ولا يَخُصُّون به أهلَ العَطاء.

وقيل: تأويلُهُ إذا كان قريباً لهم، وفي الكتاب إشارةٌ إليه حيث قال: «وأهلُ الباديةِ أقرَبُ إليه من أهلِ المصرِ، وهذا لأنَّ الوجوبَ عليهم بِحُكمِ القَرابةِ، وأهلُ المِصرِ أقربُ منهم مكاناً، فكانت القُدرةُ على النُّصرةِ لهم، وصار نظيرَ مسألةِ الغَيبةِ المُنقَطعةِ[1].

(ولو كان البَدَوِيُّ نازلاً في المِصرِ، لا مَسكَنَ له فيه، لا يَعقِلُهُ أهلُ المِصرِ)؛ لأنَّ أهلَ العطاءِ لا يَنصُرُونَ مَنْ لا مَسْكَنَ له فيه، كما أنَّ أهلَ الباديةِ لا تَعقِلُ عن أهلِ المصرِ النَّازلِ فيهم؛ لأنَّه لا يَستنصِرُ بهم.

(وإنْ كان لأهلِ الذِّمَّةِ عَواقِلُ مَعروفةٌ يَتعاقَلُونَ بها، فَقَتَلَ أحَدُهُم قتيلاً، فَدِيَتُهُ على عاقِلَتِهِ بِمَنزلةِ المُسلِمِ)؛ لأنَّهم التزموا أحكامَ الإسلامِ في المعاملات، لا سيَّما في المعاني العاصمةِ عن الإضرار[2]، ومعنى التَّناصُرِ مَوجودٌ في حقِّهم.

(وإنْ لم تَكُنْ لهم عاقِلَةٌ مَعرُوفَةٌ، فالدِّيَةُ في مالِهِ في ثَلاثِ سِنينَ من يَومِ يُقضَى بها عليه)، كما في حقِّ المسلِمِ؛ لِما بيَّنَّا أنَّ الوجوبَ على القاتِلِ، وإنَّما يَتحوَّلُ عنه إلى العاقلَةِ أنْ لو وُجِدَتْ، فإذا لم تُوجَدْ بَقِيَتْ عليه، بمنزلةِ تاجِرَينِ مُسلِمَينِ في دارِ الحَربِ، قَتَلَ أحدُهما صاحِبَهُ، يُقضَى بالدِّيةِ

---

(١) يعني: أنَّ للوليِّ الأبعد أن يزوِّجَ إذا كان الأقربُ غائباً غيبةً منقطعةً؛ لأنَّه أقدَرُ على إقامةِ مصالحها، فهذا نظيرُ ذلك. بناية.

(٢) كحدِّ القَذفِ والسَّرقةِ والقِصاصِ ووُجوبِ الدِّيةِ. عناية.

ولا يَعقِلُ كافرٌ عن مُسلِمٍ، ولا مُسلِمٌ عن كافرٍ. ....

عليه في مالِهِ؛ لأنَّ أهلَ دارِ الإسلامِ لا يَعقِلُونَ عنه، وتَمَكُّنُه من هذا القَتلِ ليس بِنُصرتِهِم.

(ولا يَعقِلُ كافرٌ عن مُسلِمٍ، ولا مُسلِمٌ عن كافرٍ)؛ لِعَدَمِ التَّناصُرِ.

والكفَّارُ يَتعاقَلُونَ فيما بينهم وإن اختلفتِ مِلَلُهُم؛ لأنَّ الكُفرَ كلَّه مِلَّةٌ واحدةٌ.

قالوا: هذا إذا لم تكن المُعاداةُ فيما بينهم ظاهرةً، أمَّا إذا كانت ظاهرةً كاليهود والنَّصارى، ينبغي أن لا يَتعاقَلُونَ بَعضُهم عن بعض، وهكذا عن أبي يوسف؛ لانقطاع التَّناصُر.

ولو كان القاتلُ من أهلِ الكوفةِ، وله بها عَطاءٌ، فحَوَّلَ ديوانَهُ[1] إلى البَصرَةِ، ثمَّ رُفِع إلى القاضي، فإنَّه يَقضي بالدِّيةِ على عاقلتِهِ من أهل البَصرة.

وقال زفر: يَقضي على عاقلتِهِ من أهلِ الكوفةِ، وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأنَّ المُوجِبَ هو الجنايةُ، وقد تحقَّقَت و[2]عاقلَتُهُ أهلُ الكوفةِ، وصار كما إذا حَوَّلَ بعد القضاء.

ولنا: أنَّ المالَ إنَّما يَجِبُ عند القضاءِ؛ لِما ذكرنا أنَّ الواجبَ هو المِثلُ وبالقَضاءِ يَنتقِلُ إلى المال، وكذا الوجوبُ على القاتلِ وتَتَحمَّلُ عنه عاقلتُهُ، وإذا كان كذلك يَتحَمَّلُ عنه مَن يكونُ عاقلَتَهُ عند القضاءِ، بخلاف ما بعد القضاءِ؛ لأنَّ الواجبَ قد تقرَّرَ بالقضاءِ، فلا يَنتقِلُ بعد ذلك، لكن حِصَّةُ القاتلِ تُؤخَذُ من عطائِهِ بالبَصرةِ؛ لأنَّها تُؤخَذُ من العَطاءِ، وعطاؤُهُ بالبصرة.

بخلاف ما إذا قَلَّتِ العاقلَةُ[3] بعدَ القَضاءِ عليهم، حيثُ يُضَمُّ إليهم أقربُ القبائلِ في النَّسبِ؛ لأنَّ في النَّقلِ إبطالَ حُكمِ الأوَّلِ فلا يجوزُ بحال، وفي الضَّمِّ تكثيرُ

---

(١) أي: حوَّله بعد القَتلِ.

(٢) الواو حاليَّةٌ.

(٣) وذلك عن طريقِ مَوتِ بَعضِهِم.

وعاقِلَةُ المُعتَقِ قبيلةُ مَولاهُ ومَولَى المُوالاةِ يَعقِلُ عنه مَولاهُ وقَبيلَتُهُ، ....

المُتحَمِّلينَ لِما قُضِي به عليهم، فكان فيه تقريرُ الحكمِ الأوَّل لا إبطالُهُ.

وعلى هذا لو كان القاتلُ مَسكَنُهُ بالكوفةِ وليس له عطاءٌ، فلم يُقضَ عليه حتَّى استوطَنَ البصرةَ، قُضِيَ بالدِّيةِ على أهلِ البصرةِ، ولو كان قُضِي بها على أهلِ الكوفةِ لم يَنتقِلْ عنهم.

وكذا البدويُّ إذا أُلحِقَ بالدِّيوان بعدَ القَتلِ قبلَ القَضاءِ، يُقضَى بالدِّيةِ على أهل الدِّيوانِ، وبعد القضاءِ على عاقلتِهِ بالباديةِ لا يَتحوَّلُ عنهم.

وهذا بخلاف ما إذا كان قومٌ من أهلِ الباديةِ قُضِي بالدِّيةِ عليهم في أموالِهِم في ثلاثِ سنينَ، ثمَّ جعَلَهُم الإمامُ في العَطاءِ، حيثُ تَصيرُ الدِّيةُ في أُعطياتِهِم وإنْ كان قَضَى بها أوَّلَ مرَّةٍ في أموالهم؛ لأنَّه ليس فيه نَقضَ القضاءِ الأوَّلِ؛ لأنَّه قَضَى بها في أموالِهِم، وأُعطياتُهُم أموالُهُم، غيرَ أنَّ الدِّيةَ تُقضَى من أيسرِ الأموالِ أداءً، والأداءُ من العطاءِ أيسَرُ إذا صاروا من أهل العطاءِ، إلَّا إذا لم يكن مالُ العطاءِ من جنسِ ما قُضِي به عليه، بأن كان القَضاءُ بالإبلِ والعطاءُ دراهمَ، فحينئذٍ لا تتحوَّلُ إلى الدَّراهم أبداً؛ لِما فيه من إبطالِ القضاءِ الأوَّل، لكن يُقضَى ذلك[1] من مال العطاءِ لأنَّه أيسر.

قال: (وعاقِلَةُ المُعتَقِ قبيلةُ مَولاهُ)؛ لأنَّ النُّصرةَ بهم، يُؤيِّدُ ذلك قولُه ﷺ: «مَولَى القومِ منهم»[2].

قال: (ومَولَى المُوالاةِ يَعقِلُ عنه مَولاهُ وقَبيلَتُهُ)؛ لأنَّه وَلاءٌ يُتناصَرُ به، فأشبَهَ وَلاءَ العَتاقَةِ، وفيه خلافُ الشَّافعيِّ، وقد مرَّ في كتاب الولاء.

---

(١) أي: الإبل من مالِ العطاءِ، بأن يشتريَ الإبلَ من مالِ العطاءِ. عناية.

(٢) تقدَّم (٣/ ٧٣٥) ت (٣).

ولا تَعقِلُ العاقِلَةُ أقلَّ من نِصفِ عُشرِ الدِّيةِ، وتَتحَمَّلُ نِصفَ العُشرِ فَصاعِداً، وما نَقَصَ من ذلك يكونُ في مالِ الجاني. ....

قال: (ولا تَعقِلُ العاقِلَةُ أقلَّ من نِصفِ عُشرِ الدِّيةِ، وتَتحَمَّلُ نِصفَ العُشرِ فَصاعِداً)، والأصلُ فيه حديثُ ابنِ عبَّاس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ: «لا تَعقِلُ العَواقلُ عمداً، ولا عبداً، ولا صُلحاً، ولا اعترافاً، ولا ما دونَ أرشِ المُوضِحَةِ»[1]، وأرشُ المُوضِحَةِ نِصفُ عُشرِ بَدَلِ النَّفسِ، ولأنَّ التَّحمُّلَ للتَّحرُّزِ عن الإجحاف، ولا إجحافَ في القليلِ، وإنَّما هو في الكثير، والتَّقديرُ الفاصلُ عُرِفَ بالسَّمع.

قال: (وما نَقَصَ من ذلك[2] يكونُ في مالِ الجاني)، والقياسُ فيه[3] التَّسويةُ بين القليلِ والكثيرِ، فيجبُ الكلُّ على العاقلةِ، كما ذهب إليه الشَّافعيُّ، أو التَّسويةُ في أن لا يجبَ على العاقلةِ شيءٌ، إلَّا أنَّا تركناه بما روينا، وبما رُوي «أنَّه ﷺ أوجَبَ أرشَ الجَنينِ على العاقلَةِ»[4]، وهو نِصفُ عُشرِ بَدَلِ الرَّجلِ على ما مَرَّ في الدِّيات، فما دُونَهُ[5] يُسلَكُ به مَسلَكُ الأموالِ؛ لأنَّه يجبُ بالتَّحكيمِ، كما يجبُ ضمانُ المالِ بالتَّقويمِ، فلهذا كان في مالِ الجاني أخذاً بالقياس.

---

(١) الموقوف ما ذكر محمد بن الحسن الشَّيباني، فقال: حدَّثني عبدُ الرَّحمن بنُ أبي الزِّناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله عن ابن عبَّاس، قال: «لا تَعقِلُ العاقلةُ، عمداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً، ولا ما جنى المملوك».
وأمَّا المرفوعُ فغريبٌ، وليس في الحديث: أرش المُوضِحَة، ولكن أخرج ابن أبي شيبة في مصنَّفه عن النَّخعيِّ قال: «لا تَعقِلُ العاقلةُ ما دون المُوضِحَةِ، ولا تَعقِلُ العمدَ، ولا الصُّلحَ، ولا الاعتراف». بناية.

(٢) أي: من نصفِ عُشرِ الدِّيةِ.

(٣) أي: في العَقل.

(٤) تقدَّم ص (٥٢٠).

(٥) أي: فما دونَ نصفِ عشرِ الدِّية. عناية.

ولا تَعقِلُ العاقلةُ جِنايةَ العبدِ، ولا ما لَزِمَ بالصُّلحِ أو باعترافِ الجاني، إلَّا أنْ يُصدِّقُوهُ. ومَنْ أقَرَّ بِقتلِ خطإٍ ولم يُرفَعُوا إلى القاضي إلَّا بعد سِنينَ، قُضِيَ عليه بالدِّيةِ في مالِهِ في ثلاثِ سنينَ مِنْ يومِ يُقضَى. ولو تَصادَقَ القاتلُ ووَلِيُّ الجنايةِ على أنَّ قاضي بَلَدِ كذا قَضَى بالدِّيةِ على عاقلَتِهِ بالكوفةِ بالبيِّنةِ، وكذَّبَهما العاقلةُ، فلا شيءَ على العاقلةِ، ولم يكنْ عليه شيءٌ في مالِهِ، إلَّا أن يكونَ له عطاءٌ معهم، فحينئذٍ يَلزَمُهُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ. وإذا جَنَى الحُرُّ على العبدِ فَقَتَلَهُ خطأً، كان على عاقِلَتِهِ قِيمَتُهُ.

قال: (ولا تَعقِلُ العاقلةُ جِنايةَ العبدِ، ولا ما لَزِمَ بالصُّلحِ أو باعترافِ الجاني)؛ لِما روينا[1]، ولأنَّه لا تَناصُرَ بالعبد، والإقرارُ والصُّلحُ لا يَلزَمانِ العاقلَةَ لِقُصورِ الولايةِ عنهم.

قال: (إلَّا أنْ يُصدِّقُوهُ)؛ لأنَّه ثبَتَ بِتَصادُقِهِم، والامتناعُ كان لحقِّهِم، ولهم ولايةٌ على أنفسهم.

(ومَنْ أقَرَّ بِقَتلِ خَطإٍ ولم يُرفَعُوا إلى القاضي إلَّا بعد سِنينَ، قُضِيَ عليه بالدِّيةِ في مالِهِ في ثلاثِ سنينَ مِنْ يومِ يُقضَى)؛ لأنَّ التَّأجيلَ من وقتِ القضاءِ في الثَّابتِ بالبيِّنةِ، ففي الثَّابتِ بالإقرار أولى.

(ولو تَصادَقَ القاتلُ ووَلِيُّ الجنايةِ على أنَّ قاضي بَلَدِ كذا قَضَى بالدِّيةِ على عاقلَتِهِ بالكوفةِ بالبيِّنةِ، وكذَّبَهما العاقلةُ، فلا شيءَ على العاقلةِ)؛ لأنَّ تَصادُقَهما ليس بحجَّةٍ عليهم، (ولم يكنْ عليه شيءٌ في مالِهِ)؛ لأنَّ الدِّيةَ بتَصادُقِهما تقرَّرت على العاقلةِ بالقضاءِ، وتَصادُقُهما حجَّةٌ في حقِّهما، بخلاف الأوَّل، (إلَّا أن يكونَ له عطاءٌ معهم، فحينئذٍ يَلزَمُهُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ)؛ لأنَّه في حقِّ حصَّتِهِ مُقِرٌّ على نفسِهِ، وفي حقِّ العاقلةِ مُقِرٌّ عليهم.

قال: (وإذا جَنَى الحُرُّ على العبدِ فَقَتَلَهُ خطأً، كان على عاقِلَتِهِ قِيمَتُهُ)؛ لأنَّه بدَلُ

---

(١) أشار به إلى ما تقدَّم من رواية الإمام محمد عن ابن عباس.

وابنُ المُلاعَنَةِ تَعقِلُهُ عاقِلَةُ أمِّهِ، فإنْ عَقَلُوا عنه ثمَّ ادَّعاهُ الأبُ، رَجَعَتْ عاقِلَةُ الأمِّ بما أدَّتْ على عاقلَةِ الأبِ في ثلاثِ سنينَ، من يَومِ يَقضي القاضي لِعاقلَةِ الأمِّ على عاقلَةِ الأبِ.

النَّفسِ على ما عُرِف من أصلنا[1]. وفي أحد قولي الشَّافعيِّ تجبُ في مالِهِ؛ لأنَّه بدَلُ المالِ عنده، ولهذا يُوجِبُ قيمَتَهُ بالغةً ما بلغت.

وما دونَ النَّفسِ من العبدِ لا تَتحمَّلُهُ العاقلةُ؛ لأنَّه يُسلَكُ به مَسلَكَ الأموالِ عندنا على ما عُرِفَ، وفي أحد قوليه العاقلةُ تتحمَّلُهُ كما في الحُرِّ، وقد مرَّ من قبلُ[2].

قال أصحابنا: إنَّ القاتلَ إذا لم يكنْ له عاقلةٌ فالدِّيةُ في بيتِ المالِ؛ لأنَّ جماعةَ المسلمين هم أهلُ نُصرتِهِ، وليس بعضُهُم أخصَّ من بعض بذلك، ولهذا لو مات كان ميراثه لبيتِ المالِ، فكذا ما يلزَمُهُ من الغَرامةِ يلزمُ بيتَ المال.

وعن أبي حنيفة روايةٌ شاذَّةٌ أنَّ الدِّيَةَ في مالِهِ، ووجهه: أنَّ الأصل أن تَجِبَ الدِّيةُ على القاتلِ؛ لأنَّه بدلُ مُتلَفٍ، والإتلافُ منه، إلَّا أنَّ العاقلةَ تَتحمَّلُها تحقيقاً للتَّخفيف على ما مَرَّ، وإذا لم يكن له عاقلةٌ عاد الحكمُ إلى الأصل[3].

(وابنُ المُلاعَنَةِ تَعقِلُهُ عاقِلَةُ أمِّهِ)؛ لأنَّ نَسَبَهُ ثابتٌ منها دونَ الأبِ، (فإنْ عَقَلُوا عنه ثمَّ ادَّعاهُ الأبُ، رَجَعَتْ عاقِلَةُ الأمِّ بما أدَّتْ على عاقلَةِ الأبِ في ثلاثِ سنينَ، من يَومِ يَقضي القاضي لِعاقلَةِ الأمِّ على عاقلَةِ الأبِ)؛ لأنَّه تبيَّنَ أنَّ الدِّيَةَ واجبةٌ عليهم، لأنَّ عند الإكذابِ ظَهَرَ أنَّ النَّسبَ لم يَزَلْ كان ثابتاً من الأبِ حيثُ بطَلَ اللِّعانُ بالإكذاب، ومتى ظَهَرَ من الأصلِ فقومُ الأمِّ تحمَّلُوا ما كان واجباً على قومِ الأبِ، فَيَرجعون عليهم؛ لأنَّهم مضطَّرون في ذلك.

وكذلك إن مات المكاتَبُ عن وفاءٍ وله ولدٌ حُرٌّ، فلم يُؤدِّ كتابَتَهُ حتَّى جَنَى ابنُهُ

---

[1] أي: من أنَّ الوجوبَ على العاقلةِ إذا كان القتلُ خطأً. بناية.

[2] أي: في أوَّلِ فَصلٍ بعد باب جناية المملوك. عناية.

[3] وهو وجوبُ المالِ على الجاني.

وعَقَلَ عنه قومُ أمِّهِ، ثمَّ أُدِّيتِ الكتابةُ؛ لأنَّه عندَ الأداءِ يَتحوَّلُ وَلاؤُهُ إلى قومِ أبيه من وقتِ حرِّيةِ الأبِ، وهو آخرُ جزءٍ من أجزاءِ حياتِهِ، فَيَتبيَّنُ أنَّ قومَ الأمِّ عقَلُوا عنهم، فيرجعون عليهم.

وكذلك رجلٌ أمَرَ صبيّاً بِقتلِ رجلٍ، فقتَلَهُ، فَضَمِنَتْ عاقلَةُ الصَّبيِّ الدِّيَةَ، رَجَعَت بها على عاقلةِ الآمِرِ إن كان الأمرُ ثَبَتَ بالبيِّنةِ، وفي مال الآمِرِ إنْ كان ثبتَ بإقرارِهِ، في ثلاثِ سنينَ من يوم يَقضي بها القاضي على الآمِرِ، أو على عاقلته؛ لأنَّ الدِّياتِ تجبُ مُؤجَّلةً بطريق التَّيسير.

قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: هاهنا عدَّةُ مسائلَ ذكرها محمَّدُ متفرِّقةً، والأصلُ الذي يُخرَّج عليه[1] أن يقال:

- [2]حالُ القاتلِ إذا تبدَّلَ حُكماً، فانتَقَلَ وَلاؤُهُ إلى وَلاءٍ آخرَ بسببِ أمرٍ حادثٍ، لم تَنتقِلْ جنايتُهُ عن الأولى، قَضَى بها أو لم يَقضِ.

- [3]وإنْ ظَهرَتْ حالةٌ خفيَّةٌ، مِثلُ دعوةِ وَلَدِ المُلاعَنَةِ، حُوِّلَتِ الجنايةُ إلى الأخرى، وَقَعَ القضاءُ بها أو لم يَقَعْ.

- [4]ولو لم يختلفْ حالُ الجاني، ولكنِ العاقلةُ تبدَّلَت، كان الاعتبارُ في ذلك لِوَقتِ القضاءِ، فإن كان قَضَى بها على الأولى لم تَنتقِلْ إلى الثَّانية، وإن لم يكن قَضَى بها على الأولى فإنَّه يَقضي بها على الثَّانية.

وإن كانتِ العاقلةُ واحدةً فَلَحِقَها زيادةٌ أو نُقصانٌ، اشتركوا في حُكمِ الجنايةِ قبلَ القضاءِ وبعدَهُ، إلَّا فيما سَبَقَ أداؤه[5].

---

(١) أي: يُخرَّج عليه تلك المسائل.

(٢) هذا هو الأصل الأوَّل.

(٣) هذا هو الأصل الثَّاني.

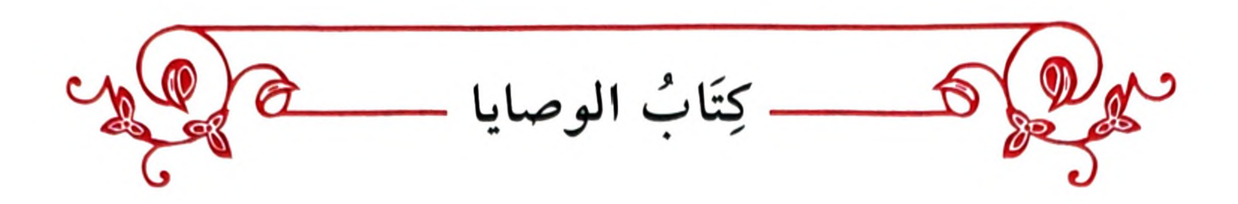
(٤) هذا هو الأصل الثالث.

(٥) استثناءٌ من قوله: «اشتركوا»، يعني: لا يشتركون فيه، بل يقعُ ذلك من الذين أدَّوا قبلَ ضَمِّ أقربِ القبائلِ إليهم.

فمن أحكَمَ هذا الأصلَ متأمّلاً يُمكِنُه التَّخريجُ فيما ورد عليه من النَّظائرِ والأضداد، والله أعلم بالصَّواب.



كتاب الوصايا



كِتَابُ الوصايا

باب في صفة الوصيَّة، ما يجوزُ من ذلك، وما يُستحبُّ منه، وما يكون رجوعاً عنه

الوصيَّةُ غيرُ واجبةٍ، وهي مُستحبَّةٌ، ....

(كتاب الوصايا)

(باب في صفة الوصيَّة، ما يجوزُ من ذلك، وما يُستحبُّ منه، وما يكون رجوعاً عنه)

قال: (الوصيَّةُ غيرُ واجبةٍ وهي مُستحبَّةٌ)، والقياسُ يأبى جوازَها؛ لأنَّه تمليكٌ مضافٌ إلى حالِ زوالِ مالكيَّتِهِ، ولو أُضيفَ إلى حالِ قيامِها بأن قيل: «ملَّكتُكَ غداً» كان باطلاً، فهذا أولى، إلَّا أنَّا استحسنَّاهُ لحاجةِ النَّاس إليها، فإنَّ الإنسانَ مَغرورٌ بأملِهِ، مُقصِّرٌ في عملِهِ، فإذا عَرَضَ له المَرَضُ وخافَ البيانَ، يحتاجُ إلى تلافي بعضِ ما فَرَطَ[1] منه من التَّفريطِ[2] بمالِهِ على وجهٍ لو مَضَى فيه يَتحقَّقُ مَقصِدُهُ المآلي، ولو أنهَضَه البُرءُ يَصرِفُهُ إلى مَطلَبِهِ الحالي، وفي شَرعِ الوصيَّةِ ذلك، فَشَرعناه، ومِثلُه في الإجارةِ بيَّناه[3].

وقد تبقى المالكيَّةُ[4] بعدَ الموتِ باعتبارِ الحاجةِ كما في قَدْرِ التَّجهيزِ والدَّينِ،

---

(١) أي: بعض ما تقدَّمَ وسَبَق منه.

(٢) الإسراف.

(٣) في أنَّها عَقدٌ يأبى القياسُ جوازَها لِكَونها مُضافةً إلى زمانٍ في المستقبل، وكان جوازُهُ بالاستحسان لحاجةِ النَّاس إليه. عناية.

(٤) هذا منه بيانٌ لوجه الاستحسان في مسألة الوصيَّة.

ولا تَجوزُ بما زادَ على الثُّلُثِ،

وقد نَطَقَ به الكتابُ، وهو قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢]، والسُّنَّةُ وهو قولُ النَّبيِّ ﷺ: «إنَّ الله تعالى تَصدَّقَ عليكم بثُلُثِ أموالِكم في آخِرِ أعمارِكُم زيادةً لكم في أعمالِكُم، تَضعونَها حيثُ شِئتُم»، أو قال: «حيثُ أحبَبْتُم»[1]، وعليه إجماعُ الأمَّة.

ثمَّ تصحُّ للأجنبيِّ في الثُّلُثِ من غيرِ إجازةِ الورثةِ لِما روينا، وسنبيِّنُ ما هو الأفضلُ فيه إن شاء الله تعالى.

قال: (ولا تَجوزُ بما زادَ على الثُّلُثِ)؛ لقول النَّبيِّ ﷺ في حديث سعد بن أبي وقاص ﷺ: «الثُّلُثُ، والثُّلُثُ كثيرٌ»[2]، بعد ما نَفَى وصيَّتَهُ بالكلِّ والنِّصفِ، ولأنَّه[3] حقَّ الورثةِ، وهذا لأنَّه انعقَدَ سببُ الزَّوالِ إليهم[4]، وهو استغناؤه عن

---

(١) أخرج ابن ماجه في الوصايا، باب: الوصية بالثلث (٢٧٠٩) عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إنَّ الله تصدَّقَ عليكم عندَ وَفاتِكُم بثُلُثِ أموالِكُم زيادةً لكم في أعمالكم».
وأخرجه الدارقطني في سننه، كتاب الوصايا برقم (٣)، والطبراني في الكبير(٢٠/ ٥٤) (١٦٨٥١) عن معاذ بن جبل. وأحمد (٦/ ٤٤٠) (٢٨٠٣٠) عن أبي الدرداء. والطبراني في الكبير (٤/ ١٩٨) (٤١٣٠) عن الحارث بن عبيد السُّلمي.

(٢) أخرجه الأئمَّةُ السِّتَّةُ، وهو عند البخاري في الوصايا، باب: أن يترك ورثته أغنياء خيرٌ من أن يتكفَّفوا الناس (٢٥٩١)، ومسلم في الوصيَّة، باب: الوصية بالثلث (١٦٢٨)، واللفظ للبخاري، عن سعد بن أبي وقاص ﷺ قال: جاء النَّبيُّ ﷺ يَعودني وأنا بمكَّة، وهو يَكرَهُ أن يموتَ بالأرضِ التي هاجر منها، قال: «يرحمُ الله ابنَ عفراء»، قلت: يا رسولَ الله أوصي بمالي كلِّه؟ قال: «لا»، قلت: فالشَّطرُ؟ قال: «لا»، قلت: الثُّلث؟ قال: «فالثُّلُثُ، والثُّلُثُ كثيرٌ، إنَّكَ إن تَدَعَ وَرَثَتَكَ أغنياءَ خيرٌ من أن تَدَعَهم عالةً يَتكفَّفونَ النَّاسَ في أيديهم، وإنَّكَ مهما أنفقتَ من نَفقةٍ فإنَّها صدقةٌ، حتَّى اللُّقمة التي تَرفعُها إلى في امرأتِكَ، وعسى الله أن يَرفعَكَ فينتَفِعَ بكَ ناسٌ ويَضُرَّ بك آخرون»، ولم يكن له يومئذٍ إلا ابنة.

(٣) أي: الزَّائدُ على الثُّلثِ.

(٤) أي: انعقد سببُ زوالِ الملكِ عنه إلى الورثةِ. بناية.

إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الوَرَثَةُ بعدَ مَوتِهِ وهُمْ كِبارٌ، ولا مُعتَبَرَ بإجازَتِهِم في حالِ حياتِهِ. ...

المالِ[١]، فأوجَبَ تَعلُّقَ حَقِّهم به، إلَّا أنَّ الشَّرعَ لم يُظهِرْه[٢] في حقِّ الأجانبِ بِقَدرِ الثُّلُث لِيَتدارَكَ تَقصيرَهُ على ما بيَّنَّاه، وأظهَرَه في حقِّ الورثةِ؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّه لا يَتصدَّقُ به عليهم تَحرُّزاً عمَّا يُنفِقُ من الإيثار[٣] على ما نبيِّنُه، وقد جاء في الحديث «الحَيفُ في الوصيَّةِ من أكبرِ الكبائرِ»[٤]، وفَسَّروه بالزِّيادةِ على الثُّلثِ وبالوصيَّةِ للوارثِ.

قال: (إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الوَرَثَةُ بعدَ مَوتِهِ وهُمْ كِبارٌ)؛ لأنَّ الامتناعَ لِحَقِّهم، وهم أسقطوه. (ولا مُعتَبَرَ بإجازَتِهِم في حالِ حياتِهِ)؛ لأنَّها قبلَ ثُبوتِ الحقِّ، إذِ الحقُّ يَثبُتُ عندَ الموتِ، فكان لهم أن يَردُّوهُ بعدَ وفاتِهِ، بخلافِ ما بعد الموتِ؛ لأنَّه بعدَ ثُبوتِ الحقِّ فليس لهم أن يَرجِعُوا عنه؛ لأنَّ السَّاقِطَ مُتلاشٍ، غايةُ[٥] الأمرِ أنَّه يَستنِدُ عندَ الإجازةِ، لكن الاستنادُ يَظهَرُ في حقِّ القائمِ، وهذا[٦] قد مَضَى

---

(١) يعني: أنَّ الميت لمَّا استغنى عن المالِ، تعلَّقَ حقُّ الورثةِ به؛ ليعودَ نفعُهُ إلى أقربِ النَّاسِ منه. وهو معنى قوله: «فأوجب تعلُّقَ حقِّهم به». بناية.

(٢) الضَّميرُ راجع إلى الاستغناء.

(٣) أي: احترازٌ عمَّا يُوجَدُ من تأذِّي البعضِ وقَطيعةِ الرَّحمِ، بسببِ إيثارِ البعضِ على البَعض. عناية.

(٤) في نصب الراية: غريب، وأخرجه الدارقطني في سننه عن ابن عباس عن النبيِّ ﷺ قال: «الإضرارُ في الوصيَّةِ من الكبائر».
ورواه ابن مردويه في تفسيره بلفظ: «الحيفُ في الوصيَّة من الكبائر» اهـ باختصار

(٥) هذا جوابٌ عن إيرادٍ تقريره: لا نُسلِّمُ عَدَمَ مُصادفةِ المَحَلِّ، فإنَّ حقَّ الورثةِ ثَبَتَ في مالِ المُورِّثِ من أوَّلِ المرضِ، حتَّى مُنِعَ عن التَّصرُّفِ في الثُّلثينِ، فلمَّا ماتَ ظَهَر أنَّها صادفت مَحَلَّها، فصارت كإجازتِهِم بعدَ مَوتِ المُورِّثِ بسببِ الاستناد.
أجاب: بأنَّ حقَّهم وإنِ استَنَدَ إلى أوَّلِ المرضِ، لكنِ الاستنادُ يَظهَرُ في حقِّ القائمِ، يعني: كما في العقودِ الموقوفةِ إذا لَحِقَتْها الإجازةُ، وكَثُبوتِ المِلكِ في الغَصبِ عند أداءِ الضَّمانِ؛ فإنَّ المِلكَ يَثبُتُ فيهما مستنداً إلى أوَّلِ العَقدِ والغَصبِ. عناية.

(٦) يعني: ما نحن فيه من الإجازة. عناية.

وكلُّ ما جاز بإجازةِ الوارثِ يَتمَلَّكُهُ المُجازُ له مِنْ قِبَلِ المُوصِي. ولا تَجوزُ للقاتِلِ، عامِداً كان أو خاطئاً، بعد أنْ كان مُباشِراً، ....

وتلاشَى. ولأنَّ الحقيقةَ تَثْبُتُ عند الموتِ، وقبلَهُ يَثبُتُ مُجرَّدُ الحقِّ، فلو استَنَدَ من كلِّ وجهٍ يَنقلِبُ حقيقةً قبله، والرِّضا بِبُطلانِ الحقِّ لا يكون رضاً ببطلانِ الحقيقةِ، وكذا إن كانت الوصيَّةُ للوارثِ وأجازَهُ البقيَّةُ، فحكمه ما ذكرناه.

وقوله: (وكلُّ ما جاز بإجازةِ الوارثِ يَتمَلَّكُهُ المُجازُ له مِنْ قِبَلِ المُوصِي) عندنا، وعند الشَّافعي[(١)]: من قِبَلِ الوارث. والصَّحيحُ قولُنا؛ لأنَّ السَّببَ صَدَرَ من المُوصِي، والإجازةُ رَفْعُ المانعِ، وليس من شَرطِهِ القَبضُ، فصار كالمُرتَهِنِ إذا أجاز بيعَ الرَّاهنِ.

قال: (ولا تَجوزُ للقاتِلِ، عامِداً كان أو خاطئاً، بعد أنْ كان مُباشِراً)؛ لقوله ﷺ: «لا وصيَّةَ للقاتل»[(٢)]، ولأنَّه استَعجَلَ ما أخَّرهُ اللهُ تعالى، فَيُحرَم الوصيَّةَ كما يُحرَم المِيراثَ.

وقال الشَّافعيُّ[(٣)]: تجوزُ للقاتلِ، وعلى هذا الخلافِ إذا أوصى لرجلٍ، ثمَّ إنَّه قَتَلَ المُوصِي، تَبطلُ الوصيَّةُ عندنا، وعنده لا تبطل، والحُجَّةُ عليه في الفصلين ما بيَّنَّاه[(٤)].

---

(١) انظر المجموع (١٥/ ٤١١)، وروضة الطالبين (٥/ ١٠٣).

(٢) أخرج الدارقطني في الأقضية، باب: في المرأة تقتل إذا ارتدت (١١٥) عن علي بن أبي طالب قال رسول الله ﷺ: «ليس لقاتل وصيَّة»، وقال: مبشِّر بن عبيد متروك الحديث يضع الحديث

(٣) قال في مغني المحتاج (٣/ ٤٣): وكذا قاتلٌ ولو تَعدِّياً تَصحُّ الوصيَّةُ له في الأظهر؛ لأنَّها تمليكٌ بعقدٍ، فأشبَهَتِ الهبةَ وخالفَتِ الإرثَ.

(٤) يعني: مِنَ الحديثِ فإنَّه بإطلاقِهِ لا يُفصِّلُ بينَ تَقدُّمِ الجَرحِ على الوصيَّةِ وتأخُّرِهِ عنها، ومن المعقول الذي ذكره. عناية.

ولو أجازَتْها الورثةُ جازَ عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا تَجوزُ، ولا تَجوزُ لِوارِثِهِ. والهِبةُ مِنَ المريضِ لِلوارثِ في هذا نَظيرُ الوَصيَّةِ، إلَّا أن تُجيزَها الوَرثةُ. ويَجوزُ أن يُوصِيَ المُسلِمُ للكافِرِ، والكافرُ لِلمُسلِمِ، ....

(ولو أجازَتْها الورثةُ جازَ عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا تَجوزُ)؛ لأنَّ جنايَتَهُ باقيةٌ، والامتناعُ لأجلها.

ولهما: أنَّ الامتناعَ لحقِّ الورثةِ؛ لأنَّ نَفْعَ بُطلانِها يعودُ إليهم، كَنَفعِ بُطلانِ الميراثِ؛ ولأنَّهم لا يَرضَونَها للقاتل كما لا يَرضَونَها لأحدهم.

قال: (ولا تَجوزُ لِوارِثِهِ)؛ لقوله ﷺ: «إنَّ الله تعالى أعطى كلَّ ذي حقٍّ حقَّه، ألا لا وصيَّةَ لوارثٍ»[١]، ولأنَّه يتأذَّى البعضُ بإيثارِ البعضِ، ففي تَجويزِهِ قطيعةُ الرَّحمِ، ولأنَّه حَيفٌ بالحديث الذي رويناه[٢]، ويُعتَبَرُ كونه وارثاً أو غيرَ وارثٍ وقتَ الموتِ، لا وقتَ الوصيَّةِ؛ لأنَّه تمليكٌ مُضافٌ إلى ما بعد الموت، وحكمُهُ يَثبُتُ بعد الموت.

(والهِبةُ مِنَ المريضِ لِلوارثِ في هذا نَظيرُ الوَصيَّةِ)؛ لأنَّها وصيَّةٌ حُكماً، حتَّى تَنفُذُ من الثُّلثِ، وإقرارُ المريضِ للوارثِ على عكسِهِ؛ لأنَّه تَصرُّفٌ في الحال، فَيُعتَبَر ذلك وقتَ الإقرارِ.

قال: (إلَّا أن تُجيزَها الوَرثةُ[٣])، ويُروَى هذا الاستثناءُ فيما رويناه[٤]، ولأنَّ الامتناعَ لحقِّهم فتجوزُ بإجازتهم، ولو أجاز بعضٌ وردَّ بعضٌ، تجوزُ على المُجيزِ بِقَدرِ حِصَّتِهِ لولايتِهِ عليه، وبَطَلَ في حقِّ الرَّادِّ.

قال: (ويَجوزُ أن يُوصِيَ المُسلِمُ للكافِرِ، والكافرُ لِلمُسلِمِ)، فالأولى لقوله

---

(١) تقدم في (٣/ ٥١٦).

(٢) إشارةٌ إلى ما تقدَّم في كتاب الهبة، فيمن خَصَّصَ بعضَ أولادِهِ في العطيَّة، انظر (٣/ ٥١٦).

(٣) استثناءٌ من قوله: «ولا تجوزُ لوارثه».

(٤) أي: من قوله ﷺ: «ألا لا وصيَّة لوارث»، انظر (٣/ ٥١٦).

وفي الجامع الصَّغير: الوصيَّةُ لأهلِ الحَربِ باطِلَةٌ. وقَبُولُ الوَصيَّةِ بعدَ المَوتِ، فإنْ قَبِلَها المُوصَى له حالَ الحياةِ أو رَدَّها، فذلك باطلٌ. ويُستَحَبُّ أنْ يُوصِيَ الإنسانُ بِدُونِ الثُّلُثِ. ....

تعالى: ﴿لَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ﴾ [المُمتحنَة: ٨] الآية، والثَّاني لأنَّهم بِعَقدِ الذِّمَّةِ سَاوَوا المسلمينَ في المُعاملاتِ، ولهذا جازَ التَّبرُّعُ من الجانبين في حالةِ الحياةِ، فكذا بعد المَماتِ.

(وفي الجامع الصَّغير: الوصيَّةُ لأهلِ الحَربِ باطِلَةٌ)؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ﴾ [المُمتحنَة: ٩] الآية.

قال: (وقَبُولُ الوَصيَّةِ بعدَ المَوتِ، فإنْ قَبِلَها المُوصَى له حالَ الحياةِ أو رَدَّها، فذلك باطلٌ)؛ لأنَّ أوانَ ثُبوتِ حُكمِهِ بعدَ الموتِ؛ لِتَعلُّقِهِ به، فلا يُعتَبَرُ قبلَهُ، كما لا يُعتَبَرُ قبلَ العقدِ.

قال: (ويُستَحَبُّ أنْ يُوصِيَ الإنسانُ بِدُونِ الثُّلُثِ)، سواءٌ كانتِ الورثةُ أغنياءَ أو فقراءَ؛ لأنَّ في التَّنقيصِ[1] صِلَةَ القَريبِ بِتَركِ مالِهِ عليهم، بخلافِ استكمالِ الثُّلثِ، لأنَّه استيفاءُ تَمامِ حقِّهِ، فلا صِلَةَ ولا مِنَّةَ.

ثمَّ الوصيَّةُ بأقلَّ من الثُّلُثِ أولى أم تَرْكُها؟ قالوا: إن كانتِ الورثَةُ فُقراءَ ولا يَستغنونَ بما يَرِثونَ، فالتَّركُ أولى، لِما فيه من الصَّدقةِ على القريب، وقد قال ﷺ: «أفضل الصَّدقةِ على ذي الرَّحِمِ الكاشِحِ»[2]، ولأنَّ فيه رعايةَ حقِّ الفقراءِ والقَرابةِ جميعاً.

---

(١) أي: من الثُّلثِ.

(٢) أخرجه أحمد (٥/٤١٦) (٢٣٩٢٧) عن أبي أيوب الأنصاري.
الكاشح: الذي أضمَرَ العداوةَ في كَشحِهِ، و«الكشحُ» ما بينَ الخاصرةِ إلى الضِّلع. وإنَّما جُعِلَ هذا التَّصدُّقُ أفضَلَ؛ لأنَّ في التَّصدُّقِ عليه مُخالفةَ النَّفسِ وقَهْرَها. بناية.

والمُوصَى به يُملَكُ بالقَبولِ، ....

وإن كانوا أغنياءَ، أو يَستَغْنُون بِنَصيبِهِم، فالوصيَّةُ أولى؛ لأنَّه يكونُ صدقةً على الأجنبيِّ، والتَّركُ هِبةٌ من القريبِ، والأولى أولى لأنَّه يَبتغي بها وَجْهَ اللهِ تعالى. وقيل: في هذا الوجهِ يُخيَّرُ؛ لاشتمالِ كلٍّ منهما على فضيلةٍ، وهو الصَّدقةُ والصِّلةُ، فَيُخيَّرُ بين الخيرين.

قال: (والمُوصَى به يُملَكُ بالقَبولِ) خلافاً لزفر، وهو أحدُ قولي الشَّافعيِّ، هو يقول: الوصيَّةُ أختُ الميراث، إذْ كلٌّ منهما خِلافةٌ لِما أنَّه انتقالٌ[1]، ثمَّ الإرثُ يَثبُتُ من غيرِ قبولٍ، فكذلك الوصيَّةُ.

ولنا: أنَّ الوصيَّةَ إثباتُ مِلكٍ جديدٍ، ولهذا لا يَرُدُّ المُوصى له بالعيب[2]، ولا يُرَدُّ عليه بالعيب[3]، ولا يَملِكُ أحدٌ إثباتَ المِلكِ لِغَيرِهِ إلَّا بِقَبولِهِ[4]، أمَّا الوِراثةُ فَخِلافةٌ حتَّى يَثبُتَ فيها هذه الأحكامُ، فَيَثبُتُ جبراً من الشَّرعِ من غيرِ قبولٍ.

---

(١) أي: لِما أنَّ كلَّ واحدٍ من الإرثِ والوصيَّةِ انتقالُ المالِ. بناية.

(٢) صورته: أن يشتري المريضُ شيئاً ويُوصِي به لرجلٍ، ثمَّ المُوصَى له يَجِدُهُ مَعيباً، فإنَّه لا يَردُّهُ على بائعِهِ. عناية.

(٣) صورته: أن يُوصي بجميعِ مالِهِ لإنسانٍ، ثمَّ باعَ شيئاً من التَّركةِ ووَجَدَ المُشتري به عيباً، لا يَردُّه على المُوصَى له.

ولو كان ثُبوتُ المِلكِ لِلمُوصَى له بطريقِ الخلافةِ، لَثَبَتت وِلايةُ الرَّدِّ في الصُّورتين جميعاً، كما في الوارث. عناية.

(٤) لئلا يعودَ على مَوضوعِهِ بالنَّقضِ، وذلك لأنَّ تَنفيذَ الوصيَّةِ لِمَنفعةِ المُوصَى له، ولو أثبتنا المِلكَ له قبلَ قَبولِهِ لَرُبَّما تضرَّرَ، فإنَّه لو أوصى له بعبدٍ أعمى، وجب عليه نفقَتُهُ بلا مَنفعةٍ تَعودُ إليه، وأمثالُ ذلك كثيرة. عناية.

إلَّا في مسألةٍ واحدةٍ، وهي أنْ يَموتَ المُوصِي ثمَّ يَموتُ المُوصَى له قبلَ القَبولِ، فَيَدخُلُ المُوصَى بهِ في مِلكِ وَرَثتِهِ. ومَنْ أوصى وعليه دَينٌ يُحيطُ بمالِهِ، لم تَجُزِ الوصيَّةُ، إلَّا أنْ يُبرِئَهُ الغُرَماءُ. ولا تَصِحُّ وَصيَّةُ الصَّبيِّ، ....

قال: (**إلَّا في مسألةٍ واحدةٍ**[1]**، وهي أنْ يَموتَ المُوصِي ثمَّ يَموتُ المُوصَى له قبلَ القَبولِ، فَيَدخُلُ المُوصَى بهِ في مِلكِ وَرَثتِهِ**) استحساناً، والقياسُ أن تَبطُلَ الوصيَّةُ لِما بيَّنَّا أنَّ المِلكَ مَوقوفٌ على القَبولِ، فصار كموتِ المشتري قبلَ قَبولِهِ بعدَ إيجابِ البائعِ.

وجهُ الاستحسان: أنَّ الوصيَّةَ من جانبِ المُوصِي قد تَمَّتْ بِمَوتِهِ تماماً لا يَلحَقُهُ الفسخُ من جهتِهِ، وإنَّما تَوقَّفت لِحَقِّ المُوصَى له، فإذا مات دخَلَ في مِلكِهِ، كما في البيعِ المَشروطِ فيه الخيارُ للمُشتَرِي، إذا ماتَ قبلَ الإجازةِ[2].

قال: (**ومَنْ أوصى وعليه دَينٌ يُحيطُ بمالِهِ، لم تَجُزِ الوصيَّةُ**)؛ لأنَّ الدَّينَ يُقدَّمُ على الوصيَّةِ؛ لأنَّه أهَمُّ الحاجَتَينِ، فإنَّه فرضٌ والوصيَّةُ تبرُّعٌ، وأبداً يُبدأ بالأهمِّ فالأهمِّ، (**إلَّا أنْ يُبرِئَهُ الغُرَماءُ**)؛ لأنَّه لم يَبقَ الدَّينُ، فَتَنفُذُ الوصيَّةُ على الحدِّ المشروعِ لحاجتِهِ إليها.

قال: (**ولا تَصِحُّ وَصيَّةُ الصَّبيِّ**)، وقال الشَّافعيُّ: تصحُّ إذا كان في وُجوهِ الخيرِ؛ لأنَّ عمرَ رضي الله عنه أجاز وصيَّة يَفاعٍ أو يافِعٍ[3]، وهو الذي راهَقَ الحُلُمَ، ولأنَّه نَظَرٌ له

---

(١) استثناءٌ من قولِهِ: «والمُوصَى به يُملَكُ بالقَبول»، يعني: إلَّا في مسألةٍ واحدةٍ، فإنَّها تُملَكُ بدون القَبولِ.

(٢) فإنَّ البيع يتمُّ، وتكونُ السِّلعةُ موروثةً عن المشتري. بناية.

(٣) أخرج مالك في الفرائض، باب: الرَّجل يُوصِي عندَ موتِهِ بثُلُثِ مالِهِ (٧٣٤) أنَّه قيل لِعُمر بنِ الخطَّاب: إنَّ ههنا غلاماً يَفاعاً من غسان، ووارثُهُ بالشَّام، وله مالٌ وليس هنا إلَّا ابنةُ عمٍّ له، فقال عمر: مُرُوه فَليُوصِ لها، فأوصى لها بمالٍ يقال له بئرُ جُشَم. قال عَمرو بنُ سُلَيم: فَبِعتُ ذلك المالَ بثلاثين ألفاً بعد ذلك، وابنةُ عمِّه التي أوصى لها هي أمُّ عَمرو بنُ سليم.

بِصَرفِهِ إلى نفسِهِ في نَيلِ الزُّلفى، ولو لم تَنفُذْ يبقى على غيره.

ولنا: أنَّه تبرُّعٌ، والصَّبيُّ ليس من أهلِهِ، ولأنَّ قولَهُ غيرُ مُلزِمٍ، وفي تصحيحِ وصيَّتِهِ قولٌ بإلزامِ قولِهِ.

والأثرُ مَحمولٌ على أنَّه كان قريبَ العَهدِ بالحُلمِ مجازاً[1]، أو كانت وصيَّتُهُ في تَجهيزِهِ وأمرِ دَفنِهِ، وذلك جائزٌ عندنا. وهو[2] يُحرِزُ الثَّوابَ بالتَّركِ على وَرَثتِهِ كما بيَّنَّاه[3]، والمُعتَبَرُ في النَّفعِ والضَّررِ[4] النَّظرُ إلى أوضاعِ التَّصرُّفاتِ، لا إلى ما يَتَّفِقُ بحكمِ الحالِ، اعتَبِرْهُ بالطَّلاقِ فإنَّه لا يَملِكُهُ ولا وَصيُّهُ وإن كانَ يَتَّفِقُ نافعاً في بعضِ الأحوالِ.

وكذا[5] إذا أوصى ثمَّ ماتَ بعدَ الإدراكِ؛ لعدمِ الأهليَّةِ وقتَ المباشرةِ، وكذا إذا قال: «إذا أدركتُ فثُلُثُ مالي لفلانٍ وصيَّة» لِقُصورِ أهليَّتِهِ، فلا يَملِكُهُ تَنجيزاً وتعليقاً، كما في الطَّلاقِ والعِتاقِ.

بخلافِ العبدِ والمُكاتَبِ[6]؛ لأنَّ أهليَّتَهما مُستَتِمَّةٌ، والمانعُ حقُّ المولى، فتصحُّ إضافتُهُ إلى حالِ سُقوطِهِ[7].

---

(١) يعني: كان بالغاً لم يَمضِ على بلوغِهِ زمانٌ كثيرٌ، ومثلُهُ يُسمَّى يافعاً مجازاً، تَسميةً للشَّيء باسمِ ما كان عليه. عناية.

(٢) هذا جوابٌ عن قوله: «ولأنَّه نَظَرٌ له بِصَرفِهِ إلى نفسِهِ في نَيلِ الزُّلفى».

(٣) إشارةٌ إلى قوله: «فالتَّركُ أولى لِما فيه من الصَّدقةِ على القريب ...» إلخ، فإنَّه يفيدُ إمَّا أفضليَّةَ التَّركِ في الثَّواب، أو تساويهما فيه. عناية.

(٤) تنزُّلٌ في الجوابِ، كأنَّه يقول: سلَّمنا أنَّ بالوصيَّةِ يَحصُلُ الثَّوابُ دونَ تَركِها، لكن المُعتَبَرُ في النَّفعِ والضَّررِ هو النَّظرُ إلى أوضاعِ التَّصرُّفاتِ دونَ العوارضِ اللاحقةِ؛ ألا ترى أنَّ الطَّلاقَ لا يصحُّ منه وإنْ أمكن أن يكونَ نافعاً، بأن يُطلِّقَ امرأةً مُعسِرةً شَوهاءَ ويَتزوَّجَ بأختِها المُوسِرَةِ الحسناءِ، لكونِ ذلك من العوارضِ، والوصيةُ في الأصلِ تبرُّعٌ، والصَّبيُّ ليس من أهله. عناية.

(٥) أي: لا تصحُّ وصيَّتُهُ.

(٦) يعني: إذا قال العبدُ أو المكاتَبُ: «إذا أُعتِقتُ فَثُلُثُ مالي وصيَّة» يصحُّ. عناية.

(٧) أي: إضافةُ قولِهما إلى حال سقوطِ المانع.

ولا تَصحُّ وَصيَّةُ المُكاتَبِ وإنْ تَرَكَ وَفاءً، وتَجوزُ الوَصيَّةُ لِلحَمْلِ وبالحَمْلِ، إذا وُضِعَ لأقَلَّ من ستَّةِ أشهرٍ مِنْ وَقتِ الوَصيَّةِ. ....

قال: (ولا تَصحُّ وَصيَّةُ المُكاتَبِ وإنْ تَرَكَ وَفاءً)؛ لأنَّ مالَهُ لا يَقبَلُ التَّبرُّعَ[1].

وقيل: على قولِ أبي حنيفة لا تَصحُّ، وعندهما: تصحُّ رَدًّا لها إلى مكاتَبٍ يقولُ: «كلُّ مملوكٍ أملِكُهُ فيما أستقبلُ فهو حُرٌّ» ثمَّ عتَقَ فمَلَكَ، والخلافُ فيها معروفٌ عُرِفَ في مَوضِعِه[2].

قال: (وتَجوزُ الوَصيَّةُ لِلحَمْلِ وبالحَمْلِ، إذا وُضِعَ لأقَلَّ من ستَّةِ أشهرٍ مِنْ وَقتِ الوَصيَّةِ).

أمَّا الأوَّل: فلأنَّ الوصيَّةَ استخلافٌ من وجهٍ؛ لأنَّه يَجعَلُهُ خليفةً في بعض مالِهِ، والجَنينُ صَلُحَ خليفةً في الإرثِ فكذا في الوصيَّةِ؛ إذ هي أختُهُ، إلَّا أنَّه[3] يَرتدُّ بالرَّدِّ؛ لِما فيه مِنْ معنى التَّمليكِ.

بخلاف الهبةِ[4]؛ لأنَّها تمليكٌ مَحضٌ، ولا وِلايةَ لأحدٍ عليه لِيُملِّكَه شيئاً.

وأمَّا الثَّاني[5]: فلأنَّه بِعَرَضِ الوجودِ، إذِ الكلامُ فيما إذا عُلِمَ وُجودُهُ وقتَ الوصيَّةِ، وبابُها أوسَعُ لحاجةِ الميِّتِ وعَجزِهِ، ولهذا تصحُّ في غيرِ المَوجودِ كالثَّمرةِ، فلأنْ تَصِحَّ في المَوجودِ أولى.

---

(1) لهذا لا يصحُّ عتقُهُ وتبرُّعُهُ.

(2) يعني: في باب الحِنث في ملك المكاتَبِ والمأذونِ من أيمانِ الجامعِ الكبيرِ، وما عُرِفَ ثمَّةَ هو أنَّ المكاتَبَ إذا قال: «كلُّ مملوكٍ أملِكُهُ فيما أستَقبِلُ فهو حُرٌّ» فعَتَقَ فمَلَكَ، لم يَعتِقْ عند أبي حنيفة، وعَتَقَ عندهما.
لهما: أنَّ ذِكرَ المِلكِ يَنصرِفُ إلى مِلكٍ كاملٍ قابلٍ للإعتاقِ، وهو ما بعدَ الحرِّيَّة.
ولأبي حنيفة: أنَّ للمكاتبِ نوعين من المِلكِ، أحدهما: ظاهرٌ، وهو ما قبلَ الإعتاق، والثَّاني: غيرُ ظاهرٌ، وهو ما بعدَ الإعتاقِ، فَينصرِفُ اليمينُ إلى الظَّاهرِ دونَ غيرِ الظَّاهر. عناية.

(3) أي: فعلُ الوصيَّةِ أو الإيصاء، دونَ الميراثِ لعدَمِ وجودِ معنى التَّمليكِ فيه.

(4) يعني: أنَّ الهبةَ للحَملِ لا تصحُّ.

(5) وهو الوصيَّةُ بالحمل.

ومَنْ أوصى بِجاريةٍ إلَّا حَمْلَها صَحَّتِ الوَصيَّةُ والاستثناءُ. ويَجوزُ لِلمُوصِي الرُّجوعُ عن الوَصيَّةِ، وإذا صَرَّحَ بالرُّجوعِ، أو فَعَلَ ما يَدلُّ على الرُّجوعِ كان رُجوعاً، ...

قال: (ومَنْ أوصى بِجاريةٍ إلَّا حَمْلَها صَحَّتِ الوَصيَّةُ والاستثناءُ)؛ لأنَّ اسمَ الجاريةِ لا يتناولُ الحَمْلَ لفظاً[1]، ولكنَّه[2] يُستحَقُّ بالإطلاقِ تبعاً[3]، فإذا أفرَدَ الأمَّ بالوصيَّةِ صحَّ إفرادُها، ولأنَّه يصحُّ إفرادُ الحَملِ بالوصيَّةِ فجازَ استثناؤه، وهذا هو الأصلُ أنَّ ما يَصحُّ إفرادُهُ بالعقد يَصحُّ استثناؤه منه، إذ لا فَرْقَ بينهما[4]، وما لا يَصِحُّ إفرادُهُ بالعقدِ لا يَصحُّ استثناؤه منه، وقد مَرَّ في البيوع.

قال: (ويَجوزُ لِلمُوصِي الرُّجوعُ عن الوَصيَّةِ)؛ لأنَّه تبرُّعٌ لم يتمَّ، فجاز الرُّجوعُ عنه كالهبة، وقد حقَّقناه في كتاب الهبة، ولأنَّ القَبولَ يَتوقَّفُ على الموتِ، والإيجابُ يَصحُّ إبطالُهُ قبلَ القَبولِ كما في البيع.

قال: (وإذا صَرَّحَ بالرُّجوعِ، أو فَعَلَ ما يَدلُّ على الرُّجوعِ كان رُجوعاً)، أمَّا الصَّريحُ فظاهرٌ، وكذا الدِّلالةُ؛ لأنَّها تَعمَلُ عملَ الصَّريحِ، فقام مَقامَ قولِهِ: «قد أبطلتُ»، وصار كالبيعِ بِشَرطِ الخيارِ، فإنَّه يَبطُلُ الخيارُ فيه بالدِّلالةِ.

ثمَّ كلُّ فعلٍ لو فعَلَهُ الإنسانُ في مِلكِ الغيرِ يَنقطِعُ به حقُّ المالكِ، فإذا فَعَلَه المُوصي كان رجوعاً، وقد عددنا هذه الأفاعيلَ في كتاب الغصب.

وكلُّ فعلٍ يُوجِبُ زيادةً في المُوصَى به، ولا يُمكِنُ تَسليمُ العينِ إلَّا بها،

---

(١) لأنَّه ليس بموضوعٍ له، ولا هو داخلٌ في الموضوعِ، وما لا يتناولُهُ اسمُ الجاريةِ صحَّ استثناؤه من الجارية، كقميصها وسَراويلِها مِمَّا يَتلَبَّسُ بها. عناية.

(٢) جواب عن سؤال تقديره: لا نُسلِّمُ أنَّ اسمَ الجاريةِ لا يَتناولُ الحَمْلَ، فإنَّه لو لم يَستثنِ استَحقَّهُ المُوصَى له، ولو لم يَتناوَلْه لَمَا استَحقَّهُ كغيره من أحواله. عناية.

(٣) يعني: أنَّه لم يَتناوَلْهُ بالعموم، بل يُستَحَقُّ إذا أَطلَقَ المُوصي عن قيدِ الإفرادِ، فإذا أفرد الأمَّ لم يَبْقَ مُطلَقاً، بل تقيَّدتِ الأمُّ بالإفرادِ، فصحَّتِ الوصيَّةُ بها مُفردَةً. عناية.

(٤) أي: بينَ إفرادِ العَقدِ وصحَّةِ الاستثناءِ، لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يتعلَّقُ بكونِهِ معلوماً. بناية.

وإنْ جَحَدَ الوصيَّةَ لم يكنْ رُجُوعاً. ولو قال: «كلُّ وصيَّةٍ أوصيتُ بها لفلانٍ فهو حرامٌ ورِبا» لا يكون رجوعاً، بخلاف ما إذا قال: «فهي باطلة». ....

فهو رُجوعٌ إذا فعَلَهُ، مِثلُ السَّويقِ يَلتُّهُ بالسَّمنِ، والدَّارِ يَبني فيه المُوصِي، والقُطنِ يَحشُو به، والبِطانةِ يُبطِنُ بها والظِّهارةِ يُظهِرُ بها، لأنَّه لا يُمكِنُهُ تَسليمُهُ بدونِ الزِّيادةِ، ولا يُمكِنُ نَقْضُها لأنَّه حَصَلَ في ملكِ المُوصِي من جهتِهِ.

بخلافِ تَجصيصِ الدَّارِ المُوصَى بها، وهَدْمِ بنائها؛ لأنَّه تَصرُّفٌ في التَّابعِ.

وكلُّ تَصرُّفٍ أوجَبَ زوالَ مِلكِ المُوصِي فهو رَجوعٌ، كما إذا باعَ العينَ المُوصَى به، ثمَّ اشتراه، أو وَهَبَهُ ثمَّ رَجَعَ فيه؛ لأنَّ الوصيَّةَ لا تَنفُذُ إلَّا في مِلكِهِ، فإذا أزاله كان رجوعاً.

وذَبحُ الشَّاةِ المُوصَى بها رجوعٌ؛ لأنَّه للصَّرفِ إلى حاجتِهِ عادةً، فصار هذا المعنى أصلاً أيضاً.

وغَسلُ الثَّوبِ المُوصَى به لا يكونُ رُجوعاً؛ لأنَّ مَنْ أراد أن يُعطيَ ثوبَهُ غيرَهُ يَغسِلُهُ عادةً، فكان تقريراً.

قال: (وإنْ جَحَدَ الوصيَّةَ لم يكنْ رُجُوعاً)، كذا ذَكَرَهُ محمَّد. وقال أبو يوسف: يكونُ رُجوعاً؛ لأنَّ الرُّجوعَ نفيٌ في الحالِ، والجحودُ نفيٌ في الماضي والحالِ، فأولى أن يكونَ رُجوعاً.

ولمحمد: أنَّ الجُحودَ نَفيٌ في الماضي، والانتفاءُ في الحالِ ضرورةُ ذلك، وإذا كان ثابتاً في الحالِ كان الجُحودُ لَغواً، ولأنَّ الرُّجوعَ إثباتٌ في الماضي ونفيٌ في الحال، والجُحودُ نَفيٌ في الماضي والحال، فلا يكونُ رجوعاً حقيقةً، ولهذا لا يكونُ جُحودُ النِّكاحِ فُرقةً.

(ولو قال: «كلُّ وصيَّةٍ أوصيتُ بها لفلانٍ فهو حرامٌ ورِبا» لا يكون رجوعاً)؛ لأنَّ الوصفَ يَستدعي بقاءَ الأصلِ، (بخلافِ ما إذا قال: «فهي باطلةٌ»)؛ لأنَّه الذَّاهِبُ المُتلاشي.

ولو قال: «أَخَّرتُها» لا يكونُ رُجوعاً بخلافِ ما إذا قال: «تركتُ». ولو قال: «العبدُ الذي أوصيتُ بهِ لِفُلانٍ فهو لِفُلانٍ» كان رُجوعاً، بخلافِ ما إذا أوصى به لِرَجلٍ، ثمَّ أوصى به لآخَرَ، وكذا إذا قال: «فهو لِفلانٍ وارثي» يكونُ رُجوعاً عن الأوَّل، ولو كان فلانٌ الآخَرُ مَيتاً حينَ أوصى، فالوصيَّةُ الأولى على حالِها، ولو كان فُلانٌ حينَ قال ذلك حيَّاً، ثمَّ ماتَ قبلَ مَوتِ المُوصِي، فهي لِلوَرَثةِ.

(ولو قال: «أَخَّرتُها» لا يكونُ رُجوعاً)؛ لأنَّ التَّأخيرَ ليس للسُّقوطِ كتأخير الدَّين. (بخلافِ ما إذا قال: «تركتُ»)؛ لأنَّه إسقاط.

(ولو قال: «العبدُ الذي أوصيتُ بهِ لِفُلانٍ فهو لِفُلانٍ» كان رُجوعاً)؛ لأنَّ اللَّفظَ يدلُّ على قَطعِ الشَّركةِ. (بخلافِ ما إذا أوصى به لِرَجلٍ، ثمَّ أوصى به لآخَرَ)؛ لأنَّ المَحَلَّ يَحتمِلُ الشَّركةَ، واللَّفظُ صالحٌ لها. (وكذا إذا قال: «فهو لِفلانٍ وارثي» يكونُ رُجوعاً عن الأوَّل)؛ لِما بيَّنَّا، ويكونُ وصيَّةً للوارث، وقد ذكرنا حكمه[1].

(ولو كان فلانٌ الآخَرُ مَيتاً حينَ أوصى، فالوصيَّةُ الأولى على حالِها)؛ لأنَّ الوصيَّةَ الأولى إنَّما تَبطُلُ ضرورةَ كونِها لِلثَّاني، ولم يَتحقَّقْ، فبقي للأوَّل.

(ولو كان فُلانٌ حينَ قال ذلك حيَّاً، ثمَّ ماتَ قبلَ مَوتِ المُوصِي، فهي لِلوَرَثةِ)؛ لبطلانِ الوصيَّتينِ، الأولى بالرُّجوعِ، والثَّانيةِ بالموت.

---

(١) يريدُ به ما تقدَّم من التَّوقُّفِ على إجازةِ بقيَّةِ الورثةِ، فإن أجازوا جازَ، وإلَّا فلا. انظر ص ( ).

باب الوصية بثلث المال

ومَنْ أوصى لِرَجلٍ بِثُلثِ مالِهِ ولآخَرَ بِثُلُثِ مالِهِ، ولم تُجزِ الوَرَثةُ، فالثُّلُثُ بينهما، وإنْ أوصى لأحَدِهما بالثُّلُثِ ولِلآخَرِ بالسُّدُسِ، فالثُّلُثُ بينهما أثلاثاً، وإنْ أوصَى لأحَدِهما بِجَميعِ مالِهِ ولِلآخَرِ بِثُلُثِ مالِهِ، ولم تُجزِ الوَرَثةُ، فالثُّلُثُ بينهما على أربعةِ أسهُم عندهما، وقال أبو حنيفة: الثُّلُثُ بينهما نِصفانِ، ولا يَضرِبُ أبو حنيفة لِلمُوصَى له بِما زادَ على الثُّلُثِ إلَّا في المُحاباةِ ....

(باب الوصية بثلث المال)

قال: **(ومَنْ أوصى لِرَجلٍ بِثُلثِ مالِهِ ولآخَرَ بِثُلُثِ مالِهِ، ولم تُجزِ الوَرَثةُ، فالثُّلُثُ بينهما)**؛ لأنَّه يَضيقُ الثُّلثُ عن حقِّهما، إذْ لا يُزاد عليه عند عدَمِ الإجازةِ على ما تقدَّمَ، وقد تساويا في سببِ الاستحقاقِ، فَيستويانِ في الاستحقاق، والمَحَلُّ يَقبَلُ الشَّركةَ، فيكون بينهما.

(وإنْ أوصى لأحَدِهما بالثُّلُثِ ولِلآخَرِ بالسُّدُسِ، فالثُّلُثُ بينهما أثلاثاً)؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منها يُدلي بِسَببٍ صحيحٍ، وضاقَ الثُّلُثُ عن حَقَّيهما، فَيَقتسِمانِهِ على قَدْرِ حَقَّيهما، كما في أصحابِ الدُّيونِ، فَيُجعَلُ الأقلُّ سَهماً والأكثَرُ سهمين، فصارَ ثلاثَةَ أسهمٍ، سهمٌ لصاحِبِ الأقلِّ وسَهمانِ لصاحِبِ الأكثرِ.

(وإنْ أَوصَى لأحَدِهما بِجَميعِ مالِهِ ولِلآخَرِ بِثُلُثِ مالِهِ، ولم تُجزِ الوَرَثَةُ، فالثُّلُثُ بينهما على أربعةِ أسهُمٍ عندهما. وقال أبو حنيفة: الثُّلُثُ بينهما نِصفانِ، ولا يَضرِبُ أبو حنيفة لِلمُوصَى له بِما زادَ على الثُّلُثِ إلَّا في المُحاباةِ[1] ....

---

(١) صورةُ المُحاباةُ: عبدانِ لرجلٍ، قيمةُ أحَدِهما ألفٌ ومائةٌ، وقيمةُ الآخَرِ سُتُّمائةٍ، وأوصى بأن يُباعَ أحَدُهما لفلانٍ بمائةٍ والآخَرُ لفلانٍ بمائةٍ، فإنَّه حصَلَتِ المُحاباة لأحَدِهما بألفٍ وللآخَرِ بِخَمسمائةٍ، والكلُّ وصيَّةٌ؛ لأنَّه في حالِ المَرَضِ، فإنْ لم يكنْ له غيرُهُما ولم تُجزِ الورثةُ، جازتِ المُحاباةُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ، فيكون بينهما أثلاثاً، يُضرَبُ المُوصَى له بالألف بحَسَبِ وصِيَّتِهِ وهي الألف، والموصى له الآخَرُ بِحَسَبِ وَصِيَّتِه وهي خمسمائة، فلو كان هذا كسائرِ الوصايا =

والسِّعايةِ والدَّراهمِ المُرسَلَةِ. ....

والسِّعايةِ[1] والدَّراهمِ المُرسَلَةِ[2]).

لهما في الخلافيَّة: أنَّ المُوصِي قَصَدَ شيئينِ، الاستحقاقَ[3] والتَّفضيلَ[4]، وامتَنَعَ الاستحقاقُ لحقِّ الورثةِ، ولا مانعَ من التَّفضيلِ، فَيَثبُتُ كما في المحاباة وأختيها[5].

وله: أنَّ الوصيَّةَ وَقَعَت بغيرِ المشروعِ عندَ عدَمِ الإجازةِ من الورثةِ، إذ لا نَفاذَ لها بحالٍ، فَيَبطلُ أصلاً، والتَّفضيلُ يَثبُتُ في ضِمنِ الاستحقاقِ، فبَطَلَ بِبُطلانِهِ[6] كالمُحاباةِ الثَّابتةِ في ضِمنِ البيعِ[7]، بخلافِ مَواضِعِ الإجماعِ[8]؛ لأنَّ لها نفاذاً[9]

= على قول أبي حنيفة، وجَبَ أن لا يَضرِبَ المُوصى له بالألف في أكثر من خمسمائة. عناية.

(1) وصورةُ السِّعاية: أن يُوصِيَ بِعِتقِ عبدينِ، قيمةُ أحَدِهما ألفٌ وقيمةُ الآخَرِ ألفان، ولا مالَ له غيرهما، إن أجازتِ الورثةُ عَتَقا جميعاً، وإنْ لم يُجيزوا عَتَقا من الثُّلُثِ، وثُلُثُ مالِهِ ألفٌ، فالألفُ بينهما على قَدْرِ وَصيَّتِهما، ثُلُثا الألفِ للذي قيمتُهُ ألفانِ ويَسعى في الباقي، والثَّلثُ للذي قيمتُهُ ألفٌ ويَسعى في الباقي. عناية.

(2) صورةُ الدَّراهم المُرسَلَةِ - أي: المُطلَقَة - هي: أن يُوصِيَ لرجلٍ بألفينِ وللآخَرِ بألفِ درهمٍ، وثُلُثُ مالِهِ ألفُ درهمٍ، ولم تُجزِ الورثةُ، فإنَّه يكونُ بينهما أثلاثاً، كلُّ واحدٍ منهما يُضرَبُ بجميعِ وصيَّتِهِ؛ لأنَّ الوصيَّةَ في مَخرَجِها صحيحةٌ، لِجَوازِ أن يكونَ له مالٌ آخَرُ يُخرِجُ هذا القدرَ من الثُّلثِ، ولا كذلك فيما إذا أوصى لرجلٍ بِثُلثِ مالِهِ ولآخَرَ بنصفِ مالِهِ أو بجميعِ مالِهِ؛ لأنَّ اللَّفظَ في مَخرَجِهِ لم يصحَّ؛ لأنَّ مالَهُ لو كَثُر، أو خَرَجَ له مالٌ آخَرُ، يدخل فيه تلك الوصيَّةُ ولا يَخرجُ من الثُّلث. عناية.

(3) أي: الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثُّلث. بناية.

(4) أي: تفضيلَ بعضِ أهلِ الوصايا على بعض. بناية.

(5) يعني: السِّعاية والدَّراهم المرسلة.

(6) أي: يبطلُ التَّفضيلُ ببطلان الاستحقاقِ.

(7) فإنَّها تبطُلُ ببطلان البيع.

(8) أي: المسائل الثَّلاثةِ المذكورة، يعني: المحاباة وأختيها.

(9) أي: لأنَّ للوصيَّةِ في هذه المواضع نفاذاً

وإذا أوصى بِنَصيبِ ابنِهِ، فالوصيَّةُ باطلةٌ. ولو أوصى بِمثلِ نَصيبِ ابنِهِ جاز. ....

في الجملةِ بدونِ إجازةِ الورثةِ، بأن كان في المالِ سَعةٌ، فَتُعتَبَرُ في التَّفاضلِ لكونِهِ مشروعاً في الجملة، بخلاف ما نحن فيه[١].

وهذا بخلافِ ما إذا أوصى بِعَينٍ مِنْ تَرِكَتِهِ وقِيمَتُهُ تزيدُ على الثُّلُثِ، فإنَّهُ يُضرَبُ بالثُّلُثِ، وإنِ احتَمَلَ أن يَزيدَ المالُ فَيُخرجُ من الثُّلُثِ[٢]؛ لأنَّ هناك الحَقُّ[٣] تعلَّقَ بِعَينِ التَّركةِ، بدليل أنَّه لو هَلَكَ[٤] واستفادَ مالاً آخَرَ تبطُلُ الوصيَّةُ. وفي الألفِ المُرسَلَةِ لو هلَكَتِ التَّركةُ تَنفُذُ فيما يُستفادُ، فلم يكنْ مُتعلِّقاً بعينِ ما تَعلَّقَ به حقُّ الورثةِ.

قال: (**وإذا أوصى بِنَصيبِ ابنِهِ، فالوصيَّةُ باطلةٌ. ولو أوصى بِمثلِ نَصيبِ ابنِهِ جاز**)؛ لأنَّ الأوَّلَ وصيَّةٌ بمالِ الغيرِ؛ لأنَّ نصيبَ الابنِ ما يُصيبُهُ بعدَ الموتِ، والثَّاني وصيَّةٌ بمثلِ نصيبِ الابنِ، ومِثلُ الشَّيءِ غيرُهُ وإنْ كان يَتقدَّرُ به، فيجوزُ.

وقال زفر: يجوزُ في الأوَّلِ أيضاً، فَنَظَرَ إلى الحالِ[٥]، والكلُّ مالُهُ فيه[٦]، وجوابُهُ ما قلنا[٧].

---

(١) وهو ما إذا أوصى بجميع المالِ لواحدٍ وللآخرِ بالثُّلثِ، حيثُ لا يصحُّ؛ لأنَّ مالَهُ وإن كثُرَ لا يخرجُ ذلك من الثُّلثِ، فعلم أنَّ الوصيَّةَ لم تصحَّ في مخرجه. بناية.

(٢) يعني: بأن كان عبداً أوصى به لرجلٍ وبثُلُثِ مالِهِ لآخَرَ، ولا مالَ له سوى العبدِ، ولم تُجزِ الورثةُ، فالثُّلُثُ بينهما نصفان، وإنِ احتَمَلَ أن يكتَسِبَ هذا العبدُ مالاً فتصيرُ رقبتُهُ مساويةً لِثُلُثِ المال، أو يظهرُ له مالٌ بحيثُ يَصيرُ العبدُ ثُلُثَ المال. عناية.

(٣) أي: حقُّ الموصى له.

(٤) أي: هَلَكَ الحقُّ المعيَّنُ الموصى به.

(٥) أي: لا إلى المآل.

(٦) أي: مال الموصي، فيتصرَّف فيه كيفما شاء.

(٧) وهو قوله: «لأنَّ الأوَّلَ وصيَّةٌ بمال الغير».

وَمَن أوصى بِسَهم مِنْ مالِهِ، فَلَهُ أخَسُّ سِهامِ الورثةِ، إلّا أنْ يَنقُصَ عن السُّدُسِ، فَيُتَم له السُّدُسُ ولا يُزادُ عليه، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: له مِثلُ نَصيبِ أحدِ الوَرثةِ، ولا يُزادُ على الثُّلُثِ إلّا أن يُجيزَ الوَرثةُ. ولو أوصى بِجُزءٍ من مالِهِ، قيل لِلوَرثةِ: أعطوهُ ما شِئتُمْ. ....

قال: (وَمَن أوصى بِسَهم مِنْ مالِهِ، فَلَهُ أخَسُّ سِهامِ الورثةِ[1]، إلّا أنْ يَنقُصَ عن السُّدُسِ، فَيُتَم له السُّدُسُ ولا يُزادُ عليه، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: له مِثلُ نَصيبِ أحدِ الوَرثةِ، ولا يُزادُ على الثُّلُثِ إلّا أن يُجيزَ الوَرثةُ)؛ لأنَّ السَّهمَ يُرادُ به أحَدُ سهامِ الورثةِ عُرفاً، لا سيَّما في الوصيَّة، والأقلُّ مُتيَقَّنٌ به فَيُصرَفُ إليه، إلّا إذا زادَ على الثُّلُثِ فَيُرَدُّ عليه؛ لأنَّه لا مَزيدَ عليه عندَ عدَمِ إجازةِ الورثةِ.

وله: أنَّ السَّهمَ هو السُّدُسُ، هو المَرويُّ عن ابنِ مسعود رضي الله عنه، وقد رفعَهُ إلى النَّبيِّ ﷺ فيما يُروى[2]، ولأنَّه يُذكَرُ ويُرادُ به السُّدسُ، فإنَّ إياساً[3] قال: السَّهمُ في اللُّغةِ عبارةٌ عن السُّدُس، ويُذكَرُ ويُرادُ به سَهمٌ من سهامِ الوَرثةِ، فَيُعطى ما ذكرنا.

قالوا: هذا كان في عُرفِهِم، وفي عُرفنا السَّهمُ كالجُزءِ.

قال: (ولو أوصى بِجُزءٍ من مالِهِ، قيل لِلوَرثةِ: أعطوهُ ما شِئتُمْ)؛ لأنَّه مجهولٌ يَتناولُ القليلَ والكثيرَ، غيرَ أنَّ الجهالةَ لا تَمنَعُ صِحَّةَ الوصيَّةِ، والورثةُ قائمونَ مَقامَ المُوصِي، فإليهم البيانُ.

---

(١) معناه: فله السُّدُسُ لا يُزادُ عليه ولا يَنقُصُ منه.

(٢) أخرج الطبراني في الأوسط (٨/ ١٨٢) (٨٣٣٨) عن عبد الله بن مسعود أنَّ رجلاً جَعَل لرجلٍ على عهدِ رسولِ الله ﷺ سهماً من مالِهِ، فماتَ الرَّجلُ ولم يَدرِ ما هو، فَرُفِعَ ذلك لرسولِ الله ﷺ، فَجَعَل له السُّدسَ من مالِهِ.
قال: لم يُرو هذا الحديثُ عن أبي قيس إلّا العَرزمي، تفرَّد به أبو بكر الحنفي، ولا يُروى متَّصلاً عن رسول الله ﷺ، إلّا بهذا الإسناد.

(٣) هو إياس بن معاويةَ، قاضي البصرة، تأتي ترجمتُهُ في آخرِ الكتاب.

ومَنْ قال: «سُدُسُ مالي لِفُلانٍ»، ثمَّ قال في ذلك المَجلِسِ أو في مَجلِسٍ آخَرَ: «له ثُلُثُ مالي» وأجازتِ الوَرَثةُ، فله ثُلُثُ المالِ، ويدخلُ السُّدُسُ فيه. ومَنْ قال: «سُدُسُ مالي لِفُلانٍ» ثمَّ قال في ذلك المَجلِسِ أو في غيرِهِ: «سُدُسُ مالي لِفُلانٍ» فله سُدُسٌ واحدٌ. ومَنْ أوصى بِثُلُثِ دَراهِمِهِ، أو بِثُلُثِ غَنَمِهِ، فَهَلَكَ ثُلُثا ذلك وبَقِيَ ثُلُثُهُ، وهو يَخرُجُ من ثُلُثِ ما بَقِيَ مِنْ مالِهِ، فلَهُ جميعُ ما بَقِيَ. ......

قال: (ومَنْ قال: «سُدُسُ مالي لِفُلانٍ»، ثمَّ قال في ذلك المَجلِسِ أو في مَجلِسٍ آخَرَ: «له ثُلُثُ مالي» وأجازتِ الوَرَثةُ، فله ثُلُثُ المالِ، ويدخلُ السُّدُسُ فيه).

(ومَنْ قال: «سُدُسُ مالي لِفُلانٍ» ثمَّ قال في ذلك المَجلِسِ أو في غيرِهِ: «سُدُسُ مالي لِفُلانٍ» فله سُدُسٌ واحدٌ)؛ لأنَّ السُّدُسَ ذُكِرَ مُعرَّفاً بالإضافة إلى المال، والمَعرِفةُ إذا أُعيدَت يُرادُ بالثَّاني عينَ الأوَّل، هو المعهودُ في اللُّغة.

قال: (ومَنْ أوصى بِثُلُثِ دَراهِمِهِ، أو بِثُلُثِ غَنَمِهِ، فَهَلَكَ ثُلُثا ذلك وبَقِيَ ثُلُثُهُ، وهو يَخرُجُ من ثُلُثِ ما بَقِيَ مِنْ مالِهِ، فلَهُ جميعُ ما بَقِيَ).

وقال زفر: له ثُلُثُ ما بقي؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مُشتَرَكٌ بينهم، والمالُ المُشتَرَكُ يَتوَى ما توى منه على الشَّركةِ، ويَبقَى ما بَقِيَ عليها، وصارَ كما إذا كانت التَّركةُ أجناساً مختلفة.

ولنا: أنَّ في الجنسِ الواحدِ يُمكِنُ جَمْعُ حَقِّ أحدِهِم في الواحِدِ[1]، ولهذا يَجري فيه الجَبْرُ على القِسمَةِ، وفيه جَمْعٌ والوَصيَّةُ مقدَّمةٌ فَجمعناها في الواحدِ الباقي، وصارتِ الدَّراهمُ كالدِّرهمِ[2]، بخلافِ الأجناسِ المُختَلِفَةِ؛ لأنَّه لا يُمكِنُ الجمعُ فيها جبراً، فكذا تقديماً.

---

(١) أي: يُمكِنُ جَمْعُ حقٍّ شائعٍ لكلِّ واحدٍ في فَردٍ. عناية.

(٢) أي: صارت الوصيَّةُ بثلث الدَّراهم كالوصيَّةِ بالدِّرهم الواحد. عناية.

ولو أوصى بِثُلُثِ ثيابِهِ، فَهَلَكَ ثُلُثاها وبقي ثُلُثُها، وهو يَخرُجُ من ثُلُثِ ما بقي من مالِهَ، لم يُستَحَقَّ إلَّا ثُلُثُ ما بقي من الثِّياب. ولو أوصى بِثُلُثِ ثلاثةٍ من رقيقِهِ، فَماتَ اثنانِ، لم يكن له إلَّا ثُلُثُ الباقي، وكذا الدُّورُ المُختلِفَةُ. ومَنْ أوصى لِرَجلٍ بألفِ دِرهَمٍ، ولَهُ مالٌ عَيْنٌ ودَيْنٌ، فإنْ خَرَجَ الألفُ من ثُلُثِ العَينِ، دُفِعَ إلى المُوصَى له. ....

قال: (ولو أوصى بِثُلُثِ ثيابِهِ، فَهَلَكَ ثُلُثاها وبقي ثُلُثُها، وهو[1] يَخرُجُ من ثُلُثِ ما بقي من مالِهَ، لم يُستَحَقَّ إلَّا ثُلُثُ ما بقي من الثِّياب).

قالوا: هذا إذا كانت الثِّيابُ من أجناسٍ مُختَلِفةٍ، ولو كانت من جنسٍ واحدٍ فهو بمنزلةِ الدَّراهِمِ، وكذلك المَكيلُ والمُوزُونُ بِمَنزلتِها؛ لأنَّه يجري فيه الجَمعُ جبراً بالقسمةِ.

(ولو أوصى بِثُلُثِ ثلاثةٍ من رقيقِهِ، فَماتَ اثنانِ، لم يكن له إلَّا ثُلُثُ الباقي، وكذا الدُّورُ المُختلِفَةُ)، وقيل: هذا على قول أبي حنيفة وحدَهُ؛ لأنَّه لا يرى الجَبْرَ على القسمةِ فيها.

وقيل: هو قولُ الكلِّ؛ لأنَّ عندهما للقاضي أن يَجتهِدَ ويَجمَعَ، وبدون ذلك[2] يتعذَّرُ الجَمعُ. والأَوَّلُ أشبَهُ للفقه المذكور[3].

قال: (ومَنْ أوصى لِرَجلٍ بألفِ دِرهَمٍ، ولَهُ مالٌ عَيْنٌ ودَيْنٌ):

- (فإنْ خَرَجَ الألفُ من ثُلُثِ العَينِ[4]، دُفِعَ إلى المُوصَى له)؛ لأنَّه أمكَنَ إيفاءُ كلِّ ذي حقٍّ حقَّه من غيرِ بَخسٍ، فَيُصارُ إليه.

---

(١) أي: الثُّلثُ الباقي.

(٢) أي: بدون اجتهادِ القاضي وجَمعِهِ.

(٣) وهو أنَّ أبا حنيفةَ لا يرى الجَبْرَ على القسمةِ في الرَّقيقِ والدُّورِ المُختلفةِ؛ لأنَّه يَجعلُها أجناساً مُختَلِفَةً، وهما يريان ذلك؛ لأنَّهما يَجعلانِها جِنساً واحداً. عناية.

(٤) بأن كان له ثلاثةُ آلافِ درهمٍ نقداً.

وَمَنْ أوصى لِزَيدٍ وعَمروٍ بِثُلُثِ مالِهِ، فإذا عَمروٌ مَيِّتٌ، فَالثُّلُثُ كلُّهُ لِزَيدٍ. وَمَنْ أوصى بِثُلُثِ مالِهِ ولا مالَ لَهُ، واكتَسَبَ مالاً، استَحَقَّ المُوصَى له ثُلُثَ ما يَملِكُهُ عندَ الموتِ.

- وإنْ لم يَخرُجْ دُفِعَ إليه ثُلُثُ العينِ، وكلَّما خَرَجَ شيءٌ من الدَّينِ أُخِذَ ثُلُثُه حتَّى يَستوفيَ الألفَ؛ لأنَّ المُوصَى له شريكُ الوارثِ، وفي تَخصيصِهِ بالعَينِ بَخْسٌ في حقِّ الورثةِ؛ لأنَّ للعينِ فَضْلاً عن الدَّينِ؛ ولأنَّ الدَّينَ ليس بمالٍ في مُطلَقِ الحالِ، وإنَّما يصيرُ مالاً عند الاستيفاءِ، فإنَّما يَعتدِلُ النَّظر بما ذكرناه.

قال: (وَمَنْ أوصى لِزَيدٍ وعَمروٍ بِثُلُثِ مالِهِ، فإذا عَمروٌ مَيِّتٌ، فَالثُّلُثُ كلُّهُ لِزَيدٍ)؛ لأنَّ الميِّتَ ليس بأهلٍ للوصيَّةِ، فلا يُزاحِمُ الحيَّ الذي هو من أهلِها، كما إذا أوصى لزيدٍ وجدارٍ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنَّه إذا لم يَعلَمْ بموتِهِ فلَهُ نصفُ الثُّلُثِ؛ لأنَّ الوصيَّةَ عنده صحيحةٌ لِعَمروٍ، فلم يَرْضَ للحيِّ إلَّا نصفَ الثُّلُثِ، بخلاف ما إذا عَلِمَ بموتِهِ؛ لأنَّ الوصيَّةَ للميِّتِ لَغْوٌ، فكان راضياً بكلِّ الثُّلُثِ للحيِّ.

وإن قال: «ثُلُثُ مالي بين زيدٍ وعمروٍ» وزيدٌ ميِّتٌ، كان لِعَمروٍ نِصفُ الثُّلُثِ، لأنَّ قضيَّةَ هذا اللَّفظِ أن يكونَ لكلِّ واحدٍ منهما نِصفُ الثُّلُثِ، بخلاف ما تقدَّم، ألا ترى أنَّ مَنْ قال: «ثُلُثُ مالي لزيدٍ» وسَكَتَ، كان له كلُّ الثُّلُثِ، ولو قال: «ثُلُثُ مالي بين فلانٍ» وسكَتَ، لم يَستحِقَّ الثُّلُثَ.

قال: (وَمَنْ أوصى بِثُلُثِ مالِهِ ولا مالَ لَهُ، واكتَسَبَ مالاً، استَحَقَّ المُوصَى له ثُلُثَ ما يَملِكُهُ عندَ الموتِ)؛ لأنَّ الوصيَّةَ عقدُ استخلافٍ مُضافٌ إلى ما بعدَ الموتِ، ويَثبُتُ حُكمُهُ بعده، فيُشتَرَطُ وُجودُ المالِ عندَ الموتِ لا قبلَهُ، وكذلك إذا كان له مالٌ فهَلَكَ ثمَّ اكتَسَبَ مالاً؛ لِما بيَّنَّا.

ولو أوصى له بِثُلُثِ غَنَمِهِ، فَهَلَكَ الغنمُ قبلَ موتِهِ، أو لم يكنْ له غَنَمٌ في الأصلِ، فالوصيَّةُ باطلةٌ لِما ذكرنا أنَّه إيجابٌ بعدَ الموتِ، فيُعتَبَرُ قيامُهُ حينئذٍ، وهذه الوصيَّةُ تعلَّقَتْ بالعينِ، فتبطُلُ بفواتِهِ عندَ الموتِ.

وَمَنْ أوصى بِثُلُثِ مالِهِ لأمَّهاتِ أولادِهِ - وهُنَّ ثَلاثٌ - وللفقراءِ والمُساكينِ، فَلهُنَّ ثلاثةُ أسهُمٍ مِنْ خَمسةِ أسهُمٍ. ....

وإن لم يكن له غَنَمٌ فاستفادَ ثمَّ ماتَ، فالصَّحيحُ أنَّ الوصيَّةَ تصحُّ؛ لأنَّها لو كانت بلَفظِ المالِ تصحُّ، فكذا إذا كانت باسم نوعِهِ، وهذا لأنَّ وُجودَهُ قبلَ الموتِ فَضْلٌ، والمُعتَبَرُ قيامُهُ عندَ الموتِ.

ولو قال: «له شاةٌ من مالي» وليس له غنَمٌ، يُعطى قيمةَ شاةٍ؛ لأنَّه لمَّا أضافَهُ إلى المالِ، عَلِمنا أنَّ مُرادَهُ الوصيَّةُ بماليَّةِ الشَّاةِ، إذ ماليَّتُها تُوجَدُ في مُطلَقِ المالِ.

ولو أوصى بشاةٍ ولم يُضِفْه إلى مالِهِ، ولا غَنَمَ له. قيل: لا يصحُّ لأنَّ المُصحِّحَ إضافتُهُ إلى المالِ، وبدونها تُعتَبَرُ صورةُ الشَّاةِ ومعناها، وقيل: تصحُّ لأنَّه لمَّا ذكَرَ الشَّاةَ وليس في مِلكِهِ شاةٌ، عُلِم أنَّ مُرادَهُ الماليَّةُ.

ولو قال: «شاةٌ من غنمي» ولا غَنَمَ له، فالوصيَّةُ باطلةٌ؛ لأنَّه لمَّا أضافَهُ إلى الغَنَمِ، عَلِمنا أنَّ مُرادَهُ عينُ الشَّاةِ، حيثُ جَعَلَها جزءاً من الغنمِ، بخلافِ ما إذا أضافه إلى المالِ، وعلى هذا يُخَرَّجُ كثيرٌ من المسائل.

قال: (وَمَنْ أوصى بِثُلُثِ مالِهِ لأمَّهاتِ أولادِهِ - وهُنَّ ثَلاثٌ - وللفقراء والمُساكينِ، فَلهُنَّ ثلاثةُ أسهُمٍ مِنْ خَمسةِ أسهُمٍ)، قال رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا اللهُ.

وعن محمد رَحِمَهُ اللهُ: أنَّه يُقسَمُ على سبعةِ أسهُمٍ، لهُنَّ ثلاثةٌ ولكلِّ فريقٍ سهمان.

وأصلُهُ: أنَّ الوصيَّةَ لأمَّهاتِ الأولادِ جائزةٌ، والفُقراءُ والمَساكينُ جِنسانِ، وفَسَّرناهما في الزكاة.

لمحمد رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ المذكورَ لفظُ الجَمعِ وأدناه في الميراث اثنانِ، نَجدُ ذلك في القرآنِ[1]، فكان من كلِّ فريقٍ اثنانِ، وأمَّهاتُ الأولادِ ثلاثٌ، فلهذا يُقسَمُ على سبعة.

---

(١) يريدُ به قولَهُ تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النِّساء: ١١]، والمرادُ بها الاثنان فصاعداً.

ولو أوصى بِثُلُثِهِ لِفُلانٍ ولِلمَساكينِ، فَنِصفُهُ لفلانٍ ونِصفُهُ للمساكينِ عندهما. ومَنْ أوصى لِرَجلٍ بِمائةِ دِرهَم ولآخَرَ بِمائةٍ، ثمَّ قال لآخَرَ: «قد أشركتُكَ معهما» فلَهُ ثُلُثُ كلِّ مائةٍ. ومَنْ قالَ: «لِفُلانٍ عليَّ دَينٌ» فَصَدِّقُوه، فإنَّهُ يُصدَّقُ إلى الثُّلُثِ.

ولهما: أنَّ الجمعَ المُحلَّى بالألف واللام يُرادُ به الجنس، وأنَّه يتناولُ الأدنى مع احتمالِ الكلِّ، لا سيَّما عند تَعذُّرِ صَرفِهِ إلى الكلِّ، فَيُعتَبَرُ من كلِّ فريقٍ واحدٌ فَبَلَغ الحسابُ خمسةً، والثَّلاثةُ للثَّلاث.

قال: (ولو أوصى بِثُلُثِهِ لِفُلانٍ ولِلمَساكينِ، فَنِصفُهُ لفلانٍ ونِصفُهُ للمساكينِ عندهما)، وعند محمد: ثُلُثُهُ لفلانٍ وثُلُثاهُ للمساكين.

ولو أوصى للمساكينِ له صَرْفُهُ إلى مسكينٍ واحدٍ عندهما، وعنده: لا يُصرَفُ إلَّا إلى مِسكينَينِ بناءً على ما بيَّنَّاه.

قال: (ومَنْ أوصى لِرَجلٍ بِمائةِ دِرهَم ولآخَرَ بِمائةٍ، ثمَّ قال لآخَرَ: «قد أشركتُكَ معهما» فلَهُ ثُلُثُ كلِّ مائةٍ)؛ لأنَّ الشَّركةَ لِلمُساواة لغةً، وقد أمكَنَ إثباتُهُ بينَ الكلِّ بما قلناه لاتِّحادِ المالِ؛ لأنَّه يُصيبُ كلَّ واحدٍ منهم ثُلُثا مائةٍ.

بخلافِ ما إذا أوصى لرجلٍ بأربعِمائةٍ ولآخَرَ بِمائَتَينِ، ثمَّ كان الإشراكُ[١]؛ لأنَّه لا يُمكِنُ تحقيقُ المُساواةِ بين الكلِّ؛ لِتَفاوتِ المالَينِ، فَحَملناه على مُساواتِهِ، كلُّ واحدٍ بِتَنصيفِ نصيبِهِ، عملاً باللَّفظِ بِقَدْرِ الإمكانِ.

قال: (ومَنْ قال: «لِفُلانٍ عليَّ دَينٌ» فَصَدِّقُوه) معناه: قال ذلك لِوَرثَتِهِ (فإنَّهُ يُصدَّقُ إلى الثُّلُثِ)، وهذا استحسانٌ.

وفي القياس لا يُصدَّقُ؛ لأنَّ الإقرارَ بالمجهولِ وإن كان صحيحاً، لكنَّه لا يُحكَمُ به إلَّا بالبيان، وقولُهُ: «فصَدِّقُوه» صَدَرَ مُخالِفاً للشَّرعِ[٢]؛ لأنَّ المُدَّعي

---

(١) أي: ثمَّ قال لآخَر: «أشركتُكَ معهما» فإنَّ له نصفَ كلِّ ما لكلٍّ منهما؛ لأنَّ تحقُّقَ المساواةِ فيهم غيرُ مُمكِنٍ. عناية.

(٢) أي: قولُه: «فصدِّقوه» لا يصلُحُ بياناً؛ لكونِهِ صدر مخالفاً للشَّرع.

وإنْ أوصى بِوَصايا غيرِ ذلك، يُعزَلُ الثُّلُثُ لأصحابِ الوصايا، والثُّلُثانِ لِلوَرَثَةِ، وإذا عُزِلَ يُقالُ لأصحابِ الوصايا: «صَدِّقُوهُ فيما شِئتُم»، ويُقالُ للورثَةِ: «صدِّقُوهُ فيما شِئتُم»، فَيُؤخَذُ أصحابُ الثُّلُثِ بِثُلُثِ ما أقرُّوا، والوَرَثَةُ بِثُلُثَي ما أقرُّوا. ....

لا يُصدَّقُ إلَّا بحُجَّةٍ، فَتَعذَّرَ إثباتُهُ إقراراً مُطلَقاً، فلا يُعتَبَرُ.

وجهُ الاستحسان: أنَّا نَعلَمُ أنَّ مِنْ قَصدِهِ تَقديمَهُ على الورثةِ، وقد أمكَنَ تنفيذُ قَصدِهِ بطريقِ الوصيَّةِ، وقد يَحتاجُ إليه مَنْ يَعلَمُ بأصلِ الحقِّ عليه دونَ مِقدارِهِ، سعياً منه في تفريغِ ذِمَّتِهِ، فَبِجَعلِها وصيَّةً جُعِلَ التَّقديرُ فيها إلى المُوصَى له، كأنَّه قال: «إذا جاءكم فلانٌ وادَّعى شيئاً فأعطُوهُ من مالي ما شاء»، وهذه مُعتَبَرَةٌ مِنَ الثُّلُثِ، فلهذا يُصدَّقُ على الثُّلُثِ دونَ الزِّيادة.

قال: (وإنْ أوصى بِوَصايا غيرِ ذلك، يُعزَلُ الثُّلُثُ لأصحابِ الوصايا، والثُّلُثانِ لِلوَرَثَةِ)؛ لأنَّ مِيراثَهم معلومٌ، وكذا الوصايا معلومةٌ[1]، وهذا[2] مجهولٌ، فلا يُزاحِمُ المَعلُومَ، فَيُقدَّمُ عَزلُ المَعلومِ.

وفي الإفرازِ فائدةٌ أخرى، وهو أنَّ أحد الفريقينِ قد يكونُ أعلَمَ بِمقدارِ هذا الحق وأبصَرَ به، والآخَرُ ألَدُّ خِصاماً، وعَساهم يَختلِفُونَ في الفَضلِ إذا ادَّعاهُ الخَصمُ، وبعدَ الإفرازِ يصحُّ إقرارُ كلِّ واحدٍ فيما في يدِهِ من غير منازعة.

(وإذا عُزِلَ يُقالُ لأصحابِ الوصايا: «صَدِّقُوهُ فيما شِئتُم»، ويُقالُ للورثَةِ: «صدِّقُوهُ فيما شِئتُم»)؛ لأنَّ هذا دَينٌ في حقِّ المُستحِقِّ، وصيَّةٌ في حقِّ التَّنفيذ، فإذا أقرَّ كلُّ فريقٍ بشيءٍ ظَهَرَ أنَّ في التَّرِكَةِ دَيناً شائعاً في النَّصيبين.

(فَيُؤخَذُ أصحابُ الثُّلُثِ بِثُلُثِ ما أقرُّوا، والوَرَثَةُ بِثُلُثَي ما أقرُّوا) تنفيذاً لإقرارِ كلِّ فريقٍ في قَدْرِ حقِّه، وعلى كلِّ فريقٍ منهما اليمينُ على العِلْم، إنِ ادَّعَى المُقَرُّ له زيادةً على ذلك، لأنَّه يَحلِفُ على ما جرى بينه وبين غيره.

---

(١) لأنَّها الثُّلث.

(٢) أي: دَينُ فلانٍ.

وَمَنْ أوصى لأجنبيٍّ ولِوارِثِهِ، فَلِلأجنبيِّ نِصفُ الوصيَّةِ وتَبطُلُ وصيَّةُ الوارِثِ. .....

قال: (وَمَنْ أوصى لأجنبيٍّ ولِوارِثِهِ، فَلِلأجنبيِّ نِصفُ الوصيَّةِ وتَبطُلُ وصيَّةُ الوارِثِ)؛ لأنَّه أوصى بما يَملِكُ الإيصاءَ به وبما لا يَملِكُ، فصَحَّ في الأوَّلِ وبَطَلَ في الثَّاني.

بخلاف ما إذا أوصى لِحَيٍّ ومَيِّتٍ؛ لأنَّ الميِّتَ ليس بأهلٍ للوصيَّةِ، فلا يَصلُحُ مُزاحِماً، فيكونُ الكلُّ للحيِّ، والوارثُ من أهلِها، ولهذا تصحُّ بإجازةِ الورثةِ، فافترقا.

وعلى هذا إذا أوصى للقاتلِ وللأجنبيِّ، وهذا[(١)] بخلافِ ما إذا أقَرَّ بِعَينٍ أو دَينٍ لِوارثِهِ وللأجنبيِّ، حيثُ لا يصحُّ في حقِّ الأجنبيِّ أيضاً؛ لأنَّ الوصيَّةَ إنشاءُ تَصرُّفٍ[(٢)]، والشَّركةُ تَثبُتُ حُكماً له[(٣)]، فتصحُّ في حقِّ مَن يَستحقُّهُ منهما. وأمَّا الإقرارُ فإخبارٌ عن كائنٍ، وقد أخبَرَ بِوَصفِ الشَّركةِ في الماضي، ولا وجهَ إلى إثباتِهِ[(٤)] بدونِ هذا الوصفِ؛ لأنَّه خلافُ ما أخبَرَ به، ولا إلى إثباتِ الوصفِ لأنَّه يَصيرُ الوارثُ فيه شريكاً، ولأنَّه لو قَبَضَ الأجنبيُّ شيئاً كان للوارثِ أن يُشارِكَهُ، فيبطلُ في ذلك القَدرِ، ثمَّ لا يزالُ يَقبِضُ ويُشارِكُهُ الوارثُ حتَّى يَبطُلُ الكلُّ، فلا يكونُ مُفيداً، وفي الإنشاءِ حصَّةُ أحدِهما مُمتازةٌ عن حصَّةِ الآخَرِ بقاءً وبطلاناً[(٥)].

---

(١) أي: هذا الإيصاءُ.

(٢) أي: ابتداءُ تمليكٍ.

(٣) أي: الشركةُ بين الموصى لهما تثبتُ حكماً للإنشاءِ.

(٤) أي: إثبات هذا الإقرار في حقِّ الأجنبيِّ.

(٥) أي: بقاءً في حقِّ الأجنبيِّ وبُطلاناً في حقِّ الوارثِ، يعني: تبقى الوصيَّةُ صحيحةً في حقِّ الأجنبيِّ، وتبطلُ في حقِّ الوارثِ؛ لامتيازِ حصَّةِ كلٍّ منهما عن حصَّةِ الآخر.

ومَنْ كان له ثلاثةُ أثوابٍ، جيدٍ ووَسَطٍ ورَديءٍ، فأوصى بِكلِّ واحدٍ لِرجلٍ، فَضاعَ ثَوبٌ ولا يُدرَى أيُّها هو، والورثةُ تَجحَدُ ذلك، فالوصيَّةُ باطلةٌ، إلَّا أنْ يُسلِّمَ الوَرثَةُ الثَّوبَينِ الباقِيَيْنِ، فإنْ سَلَّمُوا زالَ المانعُ - وهو الجُحُودُ - فيكونُ لصاحِبِ الجيِّدِ ثُلُثا الثَّوبِ الأجودِ، ولصاحِبِ الأوسَطِ ثُلُثُ الجيِّدِ وثُلُثُ الأدوَنِ، فثبَتَ الأدونُ، ولصاحِبِ الأدونِ ثُلُثا الثَّوبِ الأدوَنِ. ....

قال: (ومَنْ كان له ثلاثةُ أثوابٍ، جيدٍ ووَسَطٍ ورَديءٍ، فأوصى بِكلِّ واحدٍ لِرجلٍ، فَضاعَ ثَوبٌ ولا يُدرَى أيُّها هو، والورثةُ تَجحَدُ ذلك، فالوصيَّةُ باطلةٌ)، ومعنى جُحودِهِم: أن يقولَ الوارثُ لكلِّ واحدٍ منهم بِعَينِهِ: «الثَّوبُ الذي هو حقُّكَ قد هَلَكَ» فكان المُستحَقُّ مَجهولاً، وجَهالتُهُ تمنَعُ صِحَّةَ القضاءِ وتحصيلَ المَقصودِ، فبَطَل.

قال: (إلَّا أنْ يُسلِّمَ الوَرثَةُ الثَّوبَينِ الباقِيَيْنِ، فإنْ سَلَّمُوا زالَ المانعُ - وهو الجُحُودُ - فيكونُ لصاحِبِ الجيِّدِ ثُلُثا الثَّوبِ الأجودِ، ولصاحِبِ الأوسَطِ ثُلُثُ الجيِّدِ وثُلُثُ الأدوَنِ، فثبت الأدونُ، ولصاحِبِ الأدونِ ثُلُثا الثَّوبِ الأدوَنِ)؛ لأنَّ صاحبَ الجيِّدِ لا حَقَّ له في الرَّديءِ بِيَقينٍ؛ لأنَّه إمَّا أن يكونَ وَسطاً أو رديئاً ولا حقَّ له فيهما.

وصاحبَ الرَّديءِ لا حقَّ له في الجيِّدِ الباقي بِيقينٍ، لأنَّه إمَّا أن يكونَ جيِّد أو وَسَطاً، ولا حقَّ له فيهما، ويَحتَمِلُ أن يكونَ الرَّديءُ[1] هو الرَّديءَ الأصليَّ، فَيُعطى من مَحَلِّ الاحتمال.

وإذا ذهب ثُلُثا الجيِّد وثُلُثا الأدونِ، لم يَبْقَ إلَّا ثلُثُ الجيِّدِ وثلُثُ الرَّديءِ، فَيَتعيَّنُ حقُّ صاحبِ الوَسطِ فيه بِعَينهِ ضرورةً.

---

(١) أي: الرَّديءُ الموجود.

وإذا كانتِ الدَّارُ بينَ رَجُلَينِ، فأوصى أحَدُهما بِبَيتٍ بِعَينِهِ لِرَجلٍ فإنَّها تُقسَمُ، فإنْ وَقَعَ البيتُ في نَصيبِ المُوصِي فَهُوَ لِلمُوصَى له. ....

قال: (وإذا كانتِ الدَّارُ بينَ رَجُلَينِ، فأوصى أحَدُهما بِبَيتٍ بِعَينِهِ لِرَجلٍ فإنَّها تُقسَمُ):

- (فإنْ وَقَعَ البيتُ في نَصيبِ المُوصِي فَهُوَ لِلمُوصَى له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وعند محمد: نِصفُهُ للمُوصَى له.

- وإنْ وقَعَ في نصيبِ الآخَرِ فَللمُوصَى له مِثلُ ذَرعِ البيتِ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: مِثلُ ذَرعِ نصفِ البيتِ.

له: أنَّه أوصى بِمِلكِهِ وبِمِلكِ غيرِهِ؛ لأنَّ الدَّارَ بِجَميعِ أجزائها مُشتَرَكَةٌ، فَيَنفُذُ الأَوَّلُ ويُوقَفُ الثَّاني[1]، وهو إنْ مَلَكَه بعدَ ذلك بالقِسمةِ التي هي مُبادَلَةٌ، لا تَنفُذُ الوصيَّةُ السَّالفةُ، كما إذا أوصى بِمِلكِ الغَيرِ ثمَّ اشتراهُ[2].

ثمَّ إذا اقتسموها ووَقَعَ البيتُ في نَصيبِ المُوصي، تَنفُذُ الوصيَّةُ في عَينِ المُوصَى به، وهو نِصفُ البيتِ. وإن وَقَعَ في نَصيبِ صاحِبِهِ، له مِثلُ ذَرعِ نصفِ البيتِ، تنفيذاً لِلوصيَّةِ في بدَلِ المُوصَى به عند فواتِهِ، كالجاريةِ المُوصَى بها إذا قُتِلَتْ خطأً، تَنفُذُ الوصيَّةُ في بَدَلِها.

بخلاف ما إذا بِيعَ العبدُ المُوصَى به، حيثُ لا تتعلَّقُ الوصيَّةُ بثمنِهِ؛ لأنَّ الوصيَّةَ تَبطُلُ بالإقدامِ على البيعِ، على ما بيَّنَّاه[3]، ولا تَبطُلُ بالقسمة.

ولهما: أنَّه أوصى بما يَستقِرُّ مِلكُهُ فيه بالقسمةِ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ أنَّه يَقصِدُ الإيصاءَ بِمِلكٍ مُنتَفَعٍ به من كلِّ وجهٍ، وذلك يكونُ بالقِسمةِ؛ لأنَّ الانتفاعَ بالمَشاعِ قاصرٌ،

---

(١) أي: على إجازةِ صاحبِهِ.

(٢) حيثُ لا تصحُّ الوصيَّةُ، فكذا هذا. بناية.

(٣) أشار به إلى ما ذَكَرَ قبل باب الوصيَّةِ بثلث المالِ عند قوله: «وإذا صرَّح بالرُّجوعِ، أو فعل ما يدلُّ على الرُّجوعِ، كان رجوعاً»، انظر ص (٢٣٧).

وقد استقرَّ مِلكُهُ في جميعِ البيتِ إذا وَقَعَ في نَصيبِهِ، فَتنفُذُ الوصيَّةُ فيه، ومعنى المُبادلةِ في هذه القسمةِ تابعٌ، وإنَّما المَقصودُ الإفرازُ تكميلاً لِلمَنفعةِ، ولهذا يُجبَرُ على القسمةِ فيه، وعلى اعتبارِ الإفرازِ يَصيرُ كأنَّ البيتَ مِلكُهُ من الابتداء.

وإن وَقَعَ في نصيبِ الآخَرِ تَنفُذُ في قَدرِ ذُرعانِ جَميعِهِ مِمَّا وَقَعَ في نصيبِهِ:

- إمَّا لأنَّه عِوَضُه كما ذكرناه[1].

- أو لأنَّ مُرادَ المُوصِي من ذِكْرِ البيتِ التَّقديرُ به، تحصيلاً لمَقصودِهِ ما أمكَنَ، إلَّا أنَّه يَتعيَّنُ البيتُ إذا وَقَعَ في نَصيبِهِ، جمعاً بين الجِهَتَينِ، التَّقديرِ والتَّمليكِ، وإنْ وَقَعَ في نصيبِ الآخَرِ عَمِلنا بالتَّقدير.

- أو لأنَّه أرادَ التَّقديرَ على اعتبارِ أحدِ الوَجهينِ[2]، والتَّمليكَ بِعَينِهِ على اعتبارِ الوجهِ الآخرِ[3]، كما إذا عَلَّقَ عِتقَ الولدِ وطلاقَ المرأةِ بأوَّلِ ولدٍ تَلِدُهُ أمتُهُ[4]، فالمرادُ في جَزاءِ الطَّلاقِ مُطلَقُ الولدِ[5]، وفي العِتقِ وَلَدٌ حيٌّ[6].

ثمَّ إذا وَقَعَ البيتُ في نَصيبِ غيرِ المُوصِي والدَّارُ مائةُ ذراعٍ، والبيتُ عَشَرَةُ أذرعٍ، يُقسَمُ نَصيبُهُ بين المُوصَى له وبينَ الوَرَثةِ على عَشرةِ أسهُمٍ، تِسعةٌ منها للورثةِ وسَهمٌ للمُوصَى له، وهذا عند محمد، فَيَضرِبُ المُوصَى له بخمسةِ أذرعٍ نِصفَ البيتِ، وهم بنصفِ الدَّارِ سِوى البيتِ، وهو خمسةٌ وأربعون، فَيُجعَلُ كلُّ خمسةٍ سَهماً، فَيَصيرُ عشرةً.

وعندهما: يُقسَمُ على أحدَ عَشَرَ سهماً؛ لأنَّ المُوصَى له يَضرِبُ بالعَشرةِ، وهم بِخمسةٍ وأربعين، فَتَصيرُ السِّهامُ أحدَ عشَرَ، للمُوصَى له سهمانِ، ولهم تسعةٌ.

---

(1) يعني: في الجارية المُوصَى بها. عناية.

(2) يعني: في وُقوعِهِ في نصيبِ الشَّريك.

(3) يعني: في وُقوعِهِ في نصيبه.

(4) وذلك أن يقول: إذا ولدت أمتي أوَّلَ ولدٍ، فهو حرٌّ، وأنت طالقٌ».

(5) حتى تطلقُ المرأةُ بولادةِ الولد حيّاً كان أو ميتاً.

(6) لأنَّ الميتَ ليس محلاً للعتق.

ومَنْ أوصى مِنْ مالِ رجلٍ لآخَرَ بألفٍ بِعَينِهِ، فأجازَ صاحبُ المالِ بعدَ مَوتِ المُوصِي: فإنْ دَفَعَهُ فهو جائزٌ، وله أنْ يَمنَعَ. وإذا اقتَسَمَ الابنانِ تَرِكَةَ الأبِ ألفاً، ثمَّ أقرَّ أحَدُهما لِرَجلٍ أنَّ الأبَ أوصَى له بِثُلُثِ مالِهِ، فإنَّ المُقِرَّ يُعطيهِ ثُلُثَ ما في يَدِهِ. ....

ولو كان مكانَ الوصيَّةِ إقرارٌ، قيل: هو على الخلاف، وقيل: لا خلافَ فيه لمحمد.

والفرقُ له: أنَّ الإقرارَ بِملكِ الغيرِ صحيحٌ، حتَّى إنَّ مَنْ أقرَّ بِملكِ الغيرِ لِغيرِهِ، ثمَّ مَلَكَه، يُؤمَرُ بالتَّسليمِ إلى المُقَرِّ له، والوَصيَّةُ بِملكِ الغيرِ لا تَصحُّ، حتَّى لو مَلَكه بوجهٍ من الوجوهِ، ثمَّ مات، لا تصحُّ وصيَّتُهُ ولا تَنفُذُ.

قال: (ومَنْ أوصى مِنْ مالِ رجلٍ لآخَرَ بألفٍ بِعَينِهِ، فأجازَ صاحبُ المالِ بعدَ مَوتِ المُوصِي: فإنْ دَفَعَهُ فهو جائزٌ، وله أنْ يَمنَعَ[1]) لأنَّ هذا تَبرُّعٌ بمالِ الغيرِ، فيتوقَّفُ على إجازتِهِ، وإذا أجاز يكونُ تَبرُّعاً منه أيضاً، فله أن يَمتنِعَ من التَّسليمِ.

بخلاف ما إذا أوصى بالزِّيادةِ على الثُّلثِ وأجازتِ الورثةُ؛ لأنَّ الوصيَّةَ في مَخرجِها صحيحةٌ لِمُصادَفتِها مِلكَ نَفسِهِ، والامتناعُ لحقِّ الورثةِ، فإذا أجازوها سَقَطَ حقُّهم، فَنفَذ من جهةِ المُوصِي.

قال: (وإذا اقتَسَمَ الابنانِ تَرِكَةَ الأبِ ألفاً، ثمَّ أقرَّ أحَدُهما لِرَجلٍ أنَّ الأبَ أوصَى له بِثُلُثِ مالِهِ، فإنَّ المُقِرَّ يُعطيهِ ثُلُثَ ما في يَدِهِ)، وهذا استحسانٌ.

والقياسُ أن يُعطيَهُ نِصفَ ما في يدِهِ، وهو قولُ زفر رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنَّ إقرارَهُ بالثُّلُثِ له تضمَّنَ إقرارَهُ بِمُساواتِهِ إيَّاه، والتَّسويةُ في إعطاءِ النِّصفِ لِيَبقَى له النِّصفُ.

وجهُ الاستحسان: أنَّه أقرَّ له بِثُلُثٍ شائعٍ في التَّركةِ، وهي في أيديهما، فيكونُ

(١) أي: له أن يَمتنِع من الدَّفع بعد الإجازة.

ومَنْ أوصَى لِرَجلٍ بجاريةٍ، فَوَلَدَتْ بعدَ مَوتِ المُوصِي وَلَداً، وكلاهما يَخرُجانِ مِنَ الثُّلُثِ، فهما لِلمُوصَى له. وإنْ لم يَخرُجا من الثُّلُثِ ضَرَبَ بالثُّلثِ وأخَذَ ما يَخصُّهُ منهما جميعاً في قول أبي يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة: يأخُذُ ذلك من الأمِّ، فإنْ فَضَلَ شيءٌ أخَذَهُ من الولدِ، ....

مُقِرّاً بِثُلُثِ ما في يدِهِ.

بخلافِ ما إذا أقَرَّ أحدُهُما بِدَينٍ لِغَيرِهِ؛ لأنَّ الدَّينَ مُقدَّمٌ على الميراث، فيكونُ مُقِرّاً بِتَقديمِهِ، فَيُقدَّمُ عليه، أمَّا المُوصَى له بالثُّلُثِ شريكُ الوارِثِ، فلا يَسلَمُ له شيءٌ إلَّا أن يَسلَمَ لِلورثةِ مِثلاهُ، ولأنَّه لو أخَذَ منه نِصفَ ما في يدِهِ فربَّما يُقِرُّ الابنُ الآخَرُ به أيضاً، فيأخُذُ نِصفَ ما في يدِهِ، فيصيرُ نصفَ التَّركةِ، فَيُزادُ على الثُّلُث.

قال: (ومَنْ أوصَى لِرَجلٍ بجاريةٍ، فَوَلَدَتْ بعدَ مَوتِ المُوصِي وَلَداً، وكلاهما يَخرُجانِ مِنَ الثُّلُثِ، فهما لِلمُوصَى له)؛ لأنَّ الأمَّ دَخَلت في الوصيَّةِ أصالةً والولدُ تَبَعاً حينَ كان متَّصلاً بالأمِّ.

فإذا ولدت قبل القسمةِ والتَّركةُ قبلَها مُبقاةٌ على مِلكِ الميتِ، حتَّى يُقضَى بها دُيونُهُ، دخل[1] في الوصيَّةِ، فيكونانِ للموصى له.

(وإنْ لم يَخرُجا من الثُّلُثِ ضَرَبَ بالثُّلثِ وأخَذَ ما يَخصُّهُ منهما جميعاً في قول أبي يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: يأخُذُ ذلك[2] من الأمِّ، فإنْ فَضَلَ شيءٌ أخَذَهُ من الولدِ).

وفي الجامع الصَّغير عيَّنَ صورةً وقال: رجلٌ له سُتُّمائة درهمٍ وأمَةٌ تُساوي ثلاثَمائةِ درهمٍ، فأوصى بالجارية لرجلٍ، ثمَّ ماتَ، فولدت ولداً يساوي ثلاثَمائةِ درهمٍ قبلَ القسمةِ، فَلِلموصى له الأمُّ وثُلُثُ الولدِ عنده. وعندهما: له ثُلُثا كلِّ واحد منهما.

---

(١) أي: الولد.

(٢) أي: الثُّلُث.

هذا إذا وَلَدَتْ قبلَ القسمةِ، فإن وَلَدَتْ بعدَ القسمةِ فهو لِلمُوصَى له.

فصل في اعتبار حالة الوصية

وإذا أَقَرَّ المَريضُ لامرأةٍ بِدَينٍ، أو أوصى لها بِشَيءٍ، أو وَهَبَ لها ثمَّ تزوَّجَها، ثمَّ ماتَ، جاز الإقرارُ وبَطَلَتِ الوصيَّةُ والهِبةُ. ....

لهما: ما ذكرنا أنَّ الولَدَ دخلَ في الوصيَّةِ تَبَعاً حالةَ الاتِّصالِ، فلا يَخرُجُ عنها بالانفصال، كما في البيع والعتقِ، فَتنفُذُ الوصيَّةُ فيهما على السَّواءِ من غير تقديمِ الأمِّ.

وله: أنَّ الأمَّ أصلٌ والولَدَ تبعٌ، والتَّبعُ لا يُزاحِمُ الأصلَ، فلو نفَّذنا الوصيَّةَ فيهما جميعاً، تَنتقِضُ الوصيَّةُ في بعضِ الأصلِ، وذلك لا يجوزُ.

بخلافِ البيعِ؛ لأنَّ تنفيذَ البيعِ في التَّبعِ لا يُؤدِّي إلى نَقضِهِ في الأصل، بل يبقى تامَّاً صحيحاً فيه، إلَّا أنَّه لا يُقابِلُهُ بعضُ الثَّمنِ ضرورةَ مقابَلَتِهِ بالولدِ إذا اتَّصلَ به القَبضُ، ولكن الثَّمنُ تابعٌ في البيعِ، حتَّى يَنعقدُ البيعُ بدونِ ذِكرِهِ وإن كان فاسداً.

(هذا[1] إذا وَلَدَتْ قبلَ القسمةِ، فإن وَلَدَتْ بعدَ القسمةِ فهو لِلمُوصَى له)؛ لأنَّه نماءُ خالِصِ مِلكِهِ؛ لِتَقرُّرِ مِلكِهِ فيه بعدَ القسمةِ.

(فصل في اعتبار حالة الوصية)

قال: (وإذا أَقَرَّ المَريضُ لامرأةٍ بِدَينٍ، أو أوصى لها بِشَيءٍ، أو وَهَبَ لها ثمَّ تَزوَّجَها، ثمَّ ماتَ، جاز الإقرارُ وبَطَلَتِ الوصيَّةُ والهِبةُ)؛ لأنَّ الإقرارَ مُلزِمٌ بِنفسِهِ[2] وهي أجنبيَّةٌ عند صُدورِهِ، ولهذا[3] يُعتَبَرُ من جميعِ المالِ،

---

(١) أي: دخولُ الولدِ في الوصيَّةِ تبعاً.

(٢) أي: يُثبِتُ الحكمَ بنفسِهِ من غيرِ تَوقُّفٍ على أمرٍ زائدٍ، كتوقُّفِ الوصيَّةِ على الموت. بناية.

(٣) أي: ولكونِ الإقرارِ يُثبِتُ الحكمَ بنفسِهِ من غيرِ تَوقُّفٍ على أمرٍ زائدٍ.

وإذا أَقَرَّ المَرِيضُ لابنِهِ بِدَينٍ، وابنُهُ نَصرانيٌّ، أو وَهَبَ له، أو أوصى له، فأَسْلَمَ الابنُ قبلَ مَوتِهِ، بَطَلَ ذلك كلُّهُ. ....

ولا يَبطُلُ بالدَّينِ إذا كان في حالةِ الصِّحَّةِ أو في حالةِ المرضِ، إلَّا أنَّ الثَّاني[١] يُؤخَّر عنه[٢].

بخلافِ الوصيَّةِ؛ لأنَّها إيجابٌ عند الموتِ، وهي[٣] وارثةٌ عند ذلك[٤]، ولا وصيَّةَ للوارثِ، والهبةِ[٥] وإن كانت مُنجَّزةً صورةً فهي كالمُضافِ إلى ما بعد الموتِ حُكماً؛ لأنَّ حُكمَها يَتقرَّرُ عندَ الموتِ، ألا ترى أنَّها تَبطُلُ بالدَّينِ المُستغرِقِ، وعند عدَمِ الدَّينِ تَعتَبَرُ من الثُّلثِ.

قال: (وإذا أَقَرَّ المَرِيضُ لابنِهِ بِدَينٍ، وابنُهُ نَصرانيٌّ، أو وَهَبَ له، أو أوصى له، فأَسْلَمَ الابنُ قبلَ مَوتِهِ، بَطَلَ ذلك كلُّهُ).

أمَّا الهبةُ والوصيَّةُ فلما قلنا إنَّه وارثٌ عندَ الموتِ، وهما[٦] إيجابان عنده[٧] أو بعده، والإقرارُ وإن كان مُلزِماً بنفسِهِ، ولكن سببُ الإرثِ - وهو البُنوَّةُ - قائمٌ وقتَ الإقرارِ، فَيُعتَبَرُ في إيراثِ تُهمةِ الإيثارِ.

بخلاف ما تقدَّم[٨]؛ لأنَّ سببَ الإرثِ الزَّوجيَّةُ، وهي طارئةٌ، حتَّى لو كانت الزَّوجيَّةُ قائمةً وقتَ الإقرارِ، وهي نصرانيَّةٌ ثمَّ أسلَمَت قبلَ موتِهِ، لا يصحُّ الإقرارُ لِقيامِ السَّببِ حالَ صُدُورِهِ.

---

(١) وهو الإقرارُ في المرض.

(٢) أي: عن الإقرار الواقعِ في الصِّحَّةِ.

(٣) أي: المرأة.

(٤) أي: عند موتِ الموصي.

(٥) بالجرِّ عطفاً على الوصيَّة.

(٦) أي: الهبةُ والوصيَّةُ.

(٧) أي: عند الموت. بناية.

(٨) من أنَّه لو أقرَّ لأجنبيَّةٍ ثمَّ تزوَّجها، حيثُ لا يبطل الإقرارُ.

والمُقعَدُ والمَفلُوجُ والأشَلُّ والمَسلُولُ، إذا تَطاوَلَ ذلك ولم يَخَفْ منه الموتُ، فَهِبتُهُ من جميعِ المال، وإنْ وَهَبَ عندَ ما أصابَهُ ذلك وماتَ من أيامِهِ، فهو من الثُّلُث إذا صار صاحب فراشٍ.

وكذا[1] لو كان الابنُ عبداً أو مكاتَباً فأُعتِقَ لِما ذكرنا.

وذَكَرَ[2] في كتاب الإقرار: إنْ لم يكنْ عليه دَينٌ يصحُّ[3]؛ لأنَّه أقرَّ لِمَولاهُ وهو أجنبيٌّ. وإن كان عليه دَينٌ لا يصحُّ؛ لأنَّه إقرارٌ له وهو ابنُهُ، والوصيَّةُ باطلةٌ لِما ذكرنا أنَّ المُعتَبَر فيها وقتُ الموتِ.

وأمَّا الهبةُ فَيُروى أنَّها تَصحُّ؛ لأنَّها تمليكٌ في الحالِ، وهو رقيقٌ. وفي عامة الرِّواياتِ: هي في مرضِ الموتِ بمنزلَةِ الوصيَّةِ، فلا تَصحُّ.

قال: (والمُقعَدُ والمَفلُوجُ والأشَلُّ والمَسلُولُ، إذا تَطاوَلَ ذلك ولم يَخَفْ منه الموتُ، فَهِبتُهُ من جميعِ المال)؛ لأنَّه إذا تقادَمَ العهدُ صار طَبعاً من طِباعِهِ، ولهذا لا يَشتغِلُ بالتَّداوي، ولو صار صاحبَ فراشٍ بعدَ ذلك، فهو كَمَرض حادثٍ.

(وإنْ وَهَبَ عندَ ما أصابَهُ ذلك وماتَ من أيامِهِ، فهو من الثُّلُث إذا صار صاحب فراشٍ)؛ لأنَّه يخافُ منه الموتُ ولهذا يَتَداوى فيكون مرضُ المَوتِ، والله أعلم.

---

(١) يعني: يبطل الإقرارُ.

(٢) أي: الإمامُ محمد في المبسوط.

(٣) أي: الإقرار.

باب العتق في مرض الموت

وَمَنْ أعتَقَ في مَرَضِهِ عبداً، أو باع، وحابى، أو وَهَبَ، فذلك كلُّهُ جائزٌ، وهو مُعتَبَرٌ من الثُّلُثِ، ويُضرَبُ به مع أصحابِ الوصايا. ....

(باب العتق في مرض الموت)

قال: (وَمَنْ أعتَقَ في مَرَضِهِ عبداً، أو باع، وحابى، أو وَهَبَ، فذلك كلُّهُ جائزٌ، وهو مُعتَبَرٌ من الثُّلُثِ، ويُضرَبُ به مع أصحابِ الوصايا).

وفي بعض النُّسخ «فهو وصيَّةٌ» مكانَ قوله: «جائز»، والمرادُ[1]: الاعتبارُ مِنَ الثُّلُثِ والضَّربُ مع أصحابِ الوصايا، لا حقيقةُ الوصيَّةِ؛ لأنَّها إيجابٌ بعدَ الموتِ، وهذا مُنجَّزٌ غيرُ مضافٍ، واعتبارُهُ من الثُّلُثِ لِتَعلُّقِ حقِّ الورثةِ.

وكذلك ما ابتدأ المريضُ إيجابَهُ على نفسِهِ كالضَّمانِ والكفالةِ[2] في حُكمِ الوصيَّةِ؛ لأنَّه يُتَّهَمُ فيه[3] كما في الهبةِ.

وكلُّ ما أوجَبَهُ بعد الموتِ فهو من الثُّلُثِ، وإنْ أوجَبَهُ في حالِ صحَّتِهِ اعتباراً بحالةِ الإضافةِ دونَ حالةِ العقدِ. وما نَفَّذَهُ[4] من التَّصرُّفِ فالمُعتَبَرُ فيه حالةُ العقدِ، فإن كان صحيحاً فهو من جميعِ المالِ، وإن كان مريضاً فمن الثُّلُث.

وكلُّ مَرَضٍ صحَّ منه فهو كحالِ الصِّحَّةِ؛ لأنَّ بالبُرءِ تبيَّنَ أنَّه لا حقَّ لأحدٍ في مالِهِ.

---

(١) أي: من قولِهِ: «فهو وصيَّة».

(٢) غايَرَ بينهما بالعَطفِ؛ لأنَّ الضَّمانَ أعمُّ من الكفالةِ، فإنَّ مِنَ الضَّمانِ ما لا يكونُ كفالةً، بأن قال لأجنبيٍّ: «خالِعِ امرأتَكَ على ألفٍ، على أنِّي ضامنٌ»، وكذا لو قال: «بِعْ هذا العبدَ بألفٍ على أنِّي ضامنٌ لك بخمسِمائةٍ من الثَّمَنِ سِوى الألف»، فإنَّ بَدَلَ الخُلعِ يكونُ على الأجنبيِّ لا على المرأةِ، والخَمسُمائةِ على الضَّامنِ دونَ المشتري. عناية.

(٣) أي: المريضُ متَّهمٌ فيما يُوجِبُه على نفسِهِ. بناية.

(٤) أي: نَجزَّه في الحال، ولم يُضِفه إلى ما بعد الموت. عناية.

وإنْ حابَى ثمَّ أعتَقَ وضاقَ الثُّلُثُ عنهما، فالمُحاباةُ أولى عند أبي حنيفة، وإنْ أعتَقَ ثمَّ حابَى فهما سواءٌ، وقالا: العِتقُ أولى في المسألتين.

قال: (وإنْ حابَى ثمَّ أعتَقَ وضاقَ الثُّلُثُ عنهما[١]، فالمُحاباةُ أولى عند أبي حنيفة، وإنْ أعتَقَ ثمَّ حابَى فهما سواءٌ. وقالا: العِتقُ أولى في المسألتين).

والأصلُ فيه: أنَّ الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوَزَ الثُّلُثَ، فكلٌّ من أصحابِها يَضرِبُ بِجَميعِ وصيَّتِهِ[٢] في الثُّلُثِ، لا يُقدَّمُ البعضُ على البعضِ إلَّا العِتقُ المُوقَعُ[٣] في المَرَضِ. والعِتقُ المُعلَّقُ بموتِ المُوصِي[٤] كالتَّدبيرِ الصَّحيحِ[٥].

والمُحاباةُ[٦] في البيع إذا وَقَعَت في المَرَضِ؛ لأنَّ الوصايا قد تساوت، والتَّساوي في سببِ الاستحقاقِ يُوجِبُ التَّساوي في نفسِ الاستحقاقِ، وإنَّما قُدِّمَ العِتقُ الذي ذكرناه آنفاً؛ لأنَّه أقوى؛ فإنَّه لا يَلحَقُهُ الفسخُ من جهةِ المُوصِي، وغيرُهُ[٧] يَلحَقُهُ.

وكذلك المُحاباةُ لا يَلحَقُها الفَسخُ من جهةِ المُوصِي.

---

(١) صورته: رجلٌ باع في مَرَضِهِ عبداً يُساوي ألفينِ من رجلٍ بألفٍ، وأعتَقَ عبداً يساوي ألفاً، ولا مالَ له سواهما. عناية.

(٢) أي: بِقَدرِ نَصيبِهِ.

(٣) أي: المُنجَّزُ، لا المُفوَّضُ إلى إعتاقِ الورثةِ، مِثلُ أن يقول: «أعتقوه»، أو يُوصِي بعتقه بعد موته، مُستثنى من قوله: «لا يُقدَّم». عناية.

(٤) مثلُ أن يوصي بعتقِهِ بعدَ موتِهِ. بناية.

(٥) احترازٌ عن التَّدبيرِ الفاسد، مثلُ أن يقول: «أنت حرٌّ بعد موتي بيومٍ»، فإنَّه لا يقدَّمُ على سائر الوصايا، بل هو وسائرُ الوصايا سواءٌ. بناية.

(٦) بالرَّفع، معطوفٌ على قوله: «إلَّا العِتقُ الموقَعُ». عناية.

(٧) أي: غيرُ العتقِ المنجَّزِ في الحال.

وإذا تقدَّم ذلك[١] فما بقي من الثُّلُثِ بعد ذلك يستوي فيه مَن سواهما من أهل الوصايا، ولا يُقدَّمُ البعضُ على البعضِ[٢].

لهما في الخِلافيَّة[٣]: أنَّ العِتقَ أقوى؛ لأنَّه لا يَلحقُهُ الفَسخُ، والمُحاباةُ يَلحَقُها، ولا مُعتَبَر بالتَّقديمِ في الذِّكرِ[٤] لأنَّه لا يُوجِبُ التَّقدُّمَ في الثُّبوت.

وله: أنَّ المُحاباةَ أقوى؛ لأنَّها تَثبُتُ في ضِمنِ عَقدِ المُعاوضةِ، فكان[٥] تبرُّعاً بمعناهُ لا بصيغتِهِ، والإعتاقُ تبرُّعٌ صيغةً ومعنى، فإذا وُجدتِ المُحاباةُ أوَّلاً دُفِعَ الأضعفُ، وإذا وُجِدَ العِتقُ أوَّلاً وثَبَتَ، وهو لا يَحتمِلُ الدَّفع، كان من ضرورتِهِ المُزاحَمةُ.

وعلى هذا[٦] قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا حابى، ثمَّ أعتَقَ، ثمَّ حابَى، قُسِمَ الثُّلُثُ بينَ المُحاباتَينِ نصفين لِتَساويهما، ثمَّ ما أصابَ المُحاباةَ الأخيرةَ قُسِمَ بينها وبين العِتقِ؛ لأنَّ العِتقَ مُقدَّمٌ عليها فيستويان.

ولو أعتَقَ، ثمَّ حابى، ثمَّ أعتَقَ، قُسِم الثُّلثُ بينَ العِتقِ الأوَّلِ والمُحاباةِ نِصفَينِ، وما أصاب العِتقَ قُسِمَ بينه وبين العتقِ الثَّاني.

وعندهما: العِتقُ أولى بكلِّ حال.

---

(١) أي: العِتقُ.

(٢) أي: يكون بينهم على قَدرِ وصاياهم. بناية.

(٣) وهي التي قَدَّم فيها المحاباةَ على العتق.

(٤) ألا ترى أنَّه إذا أوصى بِثُلُثِ مالِهِ لفلانٍ ولفلانٍ ولفلانٍ، كان بينهم أثلاثاً وَصَلَ أو فَصَل، ولا عِبرة بالبَداءةِ، فكذلك هاهنا. عناية.

(٥) أي: البيعُ بالمحاباة.

(٦) أي: على الأصل الذي ذُكر من جهةِ أبي حنيفة.

وَمَنْ أوصى بأنْ يُعتَقَ عنه بِهذِهِ المائةِ عبدٌ، فَهَلَكَ منها دِرهمٌ، لم يُعتَقْ عنه بِما بَقِي عند أبي حنيفة، وإنْ كانت وصيَّتُهُ بِحَجَّةٍ يُحَجُّ عنه بِما بَقِي من حيثُ يَبلُغُ، وإنْ لم يَهلِكْ منها وبَقِي شيءٌ من الحَجَّةِ يُرَدُّ على الورثةِ، وقالا: يُعتَقُ عنه بِما بَقِيَ. ومَنْ تَرَكَ ابنَينِ ومائةَ دِرهَم وعبداً قِيمَتُهُ مائةُ دِرهَمٍ، وقد كان أعتَقَهُ في مَرضِهِ، فأجاز الوارثانِ ذلك، لم يَسْعَ في شيءٍ. ....

قال: (وَمَنْ أوصى بأنْ يُعتَقَ عنه بِهذِهِ المائةِ عبدٌ، فَهَلَكَ منها دِرهمٌ، لم يُعتَقْ عنه بِما بَقِي عند أبي حنيفة، وإنْ كانت وصيَّتُهُ بِحَجَّةٍ يُحَجُّ عنه بِما بَقِي من حيثُ يَبلُغُ، وإنْ لم يَهلِكْ منها وبَقِي شيءٌ من الحَجَّةِ يُرَدُّ على الورثةِ. وقالا: يُعتَقُ عنه بِما بَقِيَ)؛ لأنَّه وصيَّةٌ بنوعِ قُربةٍ، فيجبُ تنفيذُها ما أمكَنَ اعتباراً بالوصيَّةِ بالحَجِّ.

وله: أنَّه وصيَّةٌ بالعتقِ لعبدٍ يُشترى بمائةٍ، وتَنفيذُها فِيمَنْ يُشترى بأقَلَّ منه تنفيذٌ لغير المُوصَى له، وذلك لا يجوزُ.

بخلافِ الوصيَّةِ بالحَجِّ؛ لأنَّها قُربةٌ مَحضَةٌ، وهي حقُّ اللهِ تعالى، والمُستَحَقُّ لم يَتبدَّل، فصار كما إذا أوصى لرجلٍ بمائةٍ، فَهَلَك بَعضُها، يُدفَعُ الباقي إليه.

وقيل: هذه المسألةُ بناءً على أصلٍ آخَرَ مُختَلَفٍ فيه، وهو أنَّ العِتقَ حَقُّ اللهِ تعالى عندهما، حتَّى تُقبَلُ الشَّهادةُ عليه من غيرِ دعوى، فلم يَتبدَّلِ المُستَحَقُّ، وعندَهُ حقُّ العبدِ، حتَّى لا تُقبَلُ البيِّنةُ عليه من غير دعوى، فاختَلَفَ المُستَحَقُّ، وهذا أشبه[1].

قال: (ومَنْ تَرَكَ ابنَينِ ومائةَ دِرهَم وعبداً قِيمَتُهُ مائةُ دِرهَم، وقد كان أعتَقَهُ في مَرضِهِ، فأجاز الوارثانِ ذلك، لم يَسْعَ في شيءٍ)؛ لأنَّ العِتقَ في مَرضِ الموتِ وإنْ كان في حُكمِ الوصيَّةِ، وقد وقعت بأكثَرَ من الثُّلُث، إلَّا أنَّها تَجوزُ بإجازةِ الورثةِ؛ لأنَّ الامتناعَ لِحقِّهِم، وقد أسقطوه.

---

(١) يعني: أشبه إلى الصَّوابِ؛ لأنَّه ثبت بالدَّليلِ أنَّه حقُّ العبدِ عنده، فَيختلِفُ المُستحِقُّ إذا هلك منه شيءٌ، وتَبطلُ الوصيَّةُ وتُردُّ المائة إلى الورثة. عناية.

وَمَنْ أوصى بِعِتْقِ عَبدِهِ، ثمَّ مات، فَجَنى جِنايةً ودُفِعَ بها، بطَلَتِ الوَصيَّةُ. وَمَنْ أوصى بِثُلُثِ مالِهِ لآخَرَ، فأقَرَّ المُوصَى له والوارِثُ أنَّ المَيِّتَ أعتَقَ هذا العبدَ، فقال المُوصى له: «أعتَقَهُ في الصِّحَّةِ»، وقال الوارِثُ: «أعتَقَهُ في المَرَضِ»، فالقولُ قولُ الوارِثِ، ولا شيءَ لِلمُوصى له، إلَّا أنْ يَفضُلَ من الثُّلُثِ شيءٌ، أو تَقومَ له البيِّنةُ أنَّ العِتقَ في الصِّحَّةِ. ....

قال: (وَمَنْ أوصى بِعِتْقِ عَبدِهِ، ثمَّ مات، فَجَنى جِنايةً ودُفِعَ بها، بطَلَتِ الوَصيَّةُ)؛ لأنَّ الدَّفعَ قد صَحَّ لِما أنَّ حَقَّ وليِّ الجنايةِ مُقدَّمٌ على حقِّ المُوصِي، فكذلك على حَقِّ المُوصَى له؛ لأنَّه[1] يَتلَقَّى المِلكَ من جهتِهِ[2]، إلَّا أنَّ مِلكَهُ فيه باقٍ، وإنَّما يَزولُ بالدَّفعِ، فإذا خرج به عن مِلكِهِ بَطَلتِ الوصيَّةُ، كما إذا باعه المُوصِي أو وارِثُهُ بعدَ مَوتِهِ.

فإن فَداهُ الورثةُ، كان الفِداءُ في مالِهِم؛ لأنَّهم هم الذين التزموه، وجازتِ الوصيَّةُ؛ لأنَّ العبد طَهُرَ عن الجنايةِ بالفِداءِ، كأنَّه لم يَجنِ، فَتنفُذُ الوصيَّة.

قال: (وَمَنْ أوصى بِثُلُثِ مالِهِ لآخَرَ، فأقَرَّ المُوصَى له والوارِثُ أنَّ المَيِّتَ أعتَقَ هذا العبدَ، فقال المُوصى له: «أعتَقَهُ في الصِّحَّةِ»، وقال الوارِثُ: «أعتَقَهُ في المَرَضِ» فالقولُ قولُ الوارِثِ، ولا شيءَ لِلمُوصى له، إلَّا أنْ يَفضُلَ من الثُّلُثِ شيءٌ، أو تَقومَ له البيِّنةُ أنَّ العِتقَ في الصِّحَّةِ)؛ لأنَّ المُوصَى له يَدَّعِي استحقاقَ ثُلُثِ ما بقي من التَّركةِ بعدَ العِتقِ؛ لأنَّ العِتقَ في الصِّحَّةِ ليس بِوصيَّةٍ، ولهذا يَنفُذُ من جميعِ المالِ، والوارِثُ يُنكِرُ؛ لأنَّ مُدَّعاهُ العِتقُ في المَرضِ، وهو وصيَّةٌ، والعِتقُ في المَرضِ مُقدَّمٌ على الوصيَّةِ بِثُلُثِ المالِ، فكان مُنكِراً، والقولُ قولُ المُنكِرِ مع اليمين.

---

(١) أي: المُوصَى له.

(٢) أي: من جهة الموصي.

ومَنْ تَرَكَ عبداً فقال لِلوارثِ: «أعتَقَنِي أبوكَ في الصِّحَّةِ»، وقال رجلٌ: «لي على أبيكَ ألفُ دِرهَمٍ»، فقال: «صَدَقتُما»، فإنَّ العبدَ يَسعَى في قِيمَتِهِ عندَ أبي حنيفة.

ولأنَّ العِتقَ حادثٌ، والحوادثُ تُضافُ إلى أقربِ الأوقاتِ لِلتَّيقُّنِ بها، فكان الظَّاهرُ شاهداً للوارثِ، فيكونُ القولُ قولَهُ مع اليمين، إلَّا أن يَفضُلَ شيءٌ من الثُّلُثِ على قيمةِ العبدِ؛ لأنَّه لا مُزاحِمَ له فيه، أو تقومَ له البيِّنةُ أنَّ العِتقَ في الصِّحَّةِ؛ لأنَّ الثَّابتَ بالبيِّنةِ كالثَّابتِ مُعايَنةً، وهو خصمٌ في إقامتها لإثباتِ حقِّه.

قال: (ومَنْ تَرَكَ عبداً فقال لِلوارثِ: «أعتَقَنِي أبوكَ في الصِّحَّةِ»، وقال رجلٌ: «لي على أبيكَ ألفُ دِرهَمٍ»، فقال: «صَدَقتُما»، فإنَّ العبدَ يَسعَى في قِيمَتِهِ عندَ أبي حنيفة)، وقالا: يَعتِقُ ولا يَسعَى في شيءٍ؛ لأنَّ الدَّينَ والعِتقَ في الصِّحَّةِ ظَهَراً معاً بِتَصديقِ الوارثِ في كلامٍ واحدٍ، فصارا كأنَّهما كانا معاً، والعِتقُ في الصِّحَّةِ لا يُوجِبُ السِّعايةَ وإن كان على المُعتِقِ دَينٌ[(١)].

وله: أنَّ الإقرارَ بالدَّينِ أقوى؛ لأنَّه يُعتَبَرُ من جميعِ المالِ، والإقرارُ بالعتقِ في المَرضِ يُعتَبَرُ من الثُّلثِ، والأقوى يَدفَعُ الأدنى، فقضيَّتُهُ أنْ يَبطُلَ العِتقُ أصلاً، إلَّا أنَّه بعد وُقوعِهِ لا يَحتمِلُ البُطلانَ، فَيُدفَعُ[(٢)] من حيثُ المعنى بإيجابِ السِّعايةِ[(٣)].

---

(١) يعني: أنَّ مَن أعتَقَ عبداً في صِحَّتِهِ ثمَّ مات وعليه دينٌ، لم يَسْعَ العبدُ في شيءٍ، وهذا لأنَّ الإقرارَ بهذين الأمرينِ في حالةِ المرضِ إنَّما يَمنَعُ أحدُهما الآخَرَ لو كان أحَدُهما متأخِّراً عن الآخَرِ، فَيمنَعُ المُتقدِّمُ المتأخِّرَ، وهاهنا لمَّا حصلا معاً بتصديقٍ واحدٍ بقوله: «صَدَقتُما» جُعِل كأنَّ الأمرينَ كانا وثَبَتا بالبيِّنةِ، فَيَثبتانِ معاً كذلك. عناية.

(٢) أي: العِتقُ.

(٣) أي: على العبدِ ويُقضى به الدَّين.

فصل

وَمَنْ أوصى بِوَصايا مِنْ حُقوقِ الله تعالى، قُدِّمَتِ الفرائضُ منها، قَدَّمَها المُوصِي أو أخَّرها، مِثلُ الحَجِّ والزَّكاةِ والكفَّاراتِ، فإنْ تَساوَتْ في القُوَّةِ بُدِئ بِما قَدَّمَهُ المُوصِي إذا ضاقَ عنها الثُّلُثُ، ....

ولأنَّ الدَّينَ أسبقُ؛ لأنَّه لا مانعَ له من الاستنادِ، فَيَستندُ إلى حالةِ الصِّحَّةِ، ولا يُمكِنُ إسنادُ العتقِ إلى تلك الحالةِ؛ لأنَّ الدَّينَ يَمنَعُ العِتقَ في حالةِ المَرضِ مَجَّاناً، فتجبُ السِّعايةُ.

وعلى هذا الخلافِ إذا ماتَ الرَّجلُ وتَرَكَ ألفَ دِرهَم، فقال رجلٌ: «لي على المَيتِ ألفُ دِرهَم دَينٌ»، وقال الآخَرُ: «كان لي عنده ألفُ دِرهَمٍ وَديعةً» فعندَهُ الوَديعةُ أقوى، وعندهما سواءٌ.

(فصل)

أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى

قال: (وَمَنْ أوصى بِوَصايا مِنْ حُقوقِ الله تعالى، قُدِّمَتِ الفرائضُ منها، قَدَّمَها المُوصِي أو أخَّرها، مِثلُ الحَجِّ والزَّكاةِ والكفَّاراتِ)؛ لأنَّ الفريضةَ أهمُّ من النَّافلةِ، والظَّاهرُ منه البَداءةُ بِما هو الأهمُّ، (فإنْ تَساوَتْ في القُوَّةِ بُدِئ بِما قَدَّمَهُ المُوصِي إذا ضاقَ عنها الثُّلُثُ)؛ لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه يَبتدئُ بالأهمِّ.

وذَكَر الطَّحاويُّ أنَّه يَبتدئُ بالزَّكاةِ ويُقدِّمُها على الحَجِّ، وهو إحدى الرِّوايتين عن أبي يوسف، وفي روايةٍ عنه أنَّه يُقدِّمُ الحجَّ، وهو قولُ محمَّد.

وجهُ الأُولى أنَّهما وإنِ استويا في الفَريضةِ، فالزَّكاةُ تَعلَّقَ بها حقُّ العبادِ، فكان أولى، وجهُ الأُخرى أنَّ الحَجَّ يُقامُ بالمالِ والنَّفسِ، والزَّكاةُ بالمالِ قَصراً عليه، فكان الحجُّ أقوى.

ثمَّ تُقدَّمُ الزَّكاةُ والحَجُّ على الكفَّاراتِ لِمَزيَّتِهما عليها في القُوَّةِ، إذ قد جاء فيهما من الوعيدِ ما لم يأتِ في الكفَّارات.

وما ليس بِوَاجبٍ قُدِّمَ منه ما قَدَّمَهُ المُوصِي. ومَنْ أوصى بِحَجَّةِ الإسلامِ أحَجُّوا عنه رجلاً مِنْ بَلَدِهِ يَحُجُّ راكباً، فإنْ لم تَبلُغِ الوصيَّةُ النَّفقَةَ، أَحَجُّوا عنه مِنْ حيثُ تَبلُغُ.

والكفَّارةُ في القتلِ والظِّهارِ واليمينِ مُقدَّمةٌ على صَدقةِ الفِطْرِ؛ لأنَّه عُرِفَ وُجوبُها بالقرآنِ دونَ صَدقةِ الفِطرِ.

وصدَقةُ الفِطرِ مُقدَّمةٌ على الأضحيةِ؛ للاتِّفاقِ على وُجوبِها بالقرآنِ والاختلافِ في الأضحيةِ، وعلى هذا القياسِ يُقدَّمُ بعضُ الواجباتِ على البعضِ[1].

قال: **(وما ليس بِوَاجبٍ قُدِّمَ منه ما قَدَّمَهُ المُوصِي)**؛ لِما بيَّنَّا[2]، وصار كما إذا صرَّح بذلك.

قالوا: إنَّ الثُّلُثَ يُقسَمُ على جَميعِ الوَصايا، ما كان لله تعالى وما كان للعبدِ، فما أصابَ القُرَبَ صُرِفَ إليها على التَّرتيبِ الذي ذكرناه، ويُقسَمُ على عَدَدِ القُرَبِ، ولا يُجعَلُ الجَميعُ كوصيَّةٍ واحدةٍ؛ لأنَّه إن كان المقصودُ بِجَميعِها رِضا الله تعالى، فكلُّ واحدٍ في نَفسِها مَقصودٌ، فتنفرِدُ كما تَنفرِدُ وصايا الآدميين.

قال: **(ومَنْ أوصى بِحَجَّةِ الإسلامِ أحَجُّوا عنه رجلاً مِنْ بَلَدِهِ يَحُجُّ راكباً)**؛ لأنَّ الواجبَ لله تعالى الحَجُّ مِنْ بلدِهِ، ولهذا يُعتَبَرُ فيه من المالِ ما يكفيه من بلدِهِ، والوصيَّةُ لأداءِ ما هو الواجبُ عليه.

وإنَّما قال: «راكباً» لأنَّه لا يَلزَمُهُ أن يَحُجَّ ماشياً، فانصَرَفَ إليه على الوجهِ الذي وَجَبَ عليه.

قال: **(فإنْ لم تَبلُغِ الوصيَّةُ النَّفقَةَ، أَحَجُّوا عنه مِنْ حيثُ تَبلُغُ)**، وفي القياسِ لا يُحَجُّ عنه؛ لأنَّه أَمَرَ بالحَجَّةِ على صفةٍ عَدِمناها فيه، غيرَ أنَّا جَوَّزناه لأنَّا نَعلَمُ أنَّ المُوصِي قَصَدَ تنفيذَ الوصيَّةِ، فيجبُ تَنفيذُها ما أمكَنَ، والمُمكِنُ فيه

---

(١) فَمِنْ ذلك أنْ تُقدَّمَ صدقةُ الفطرِ على النَّذرِ؛ لِكَونِها واجبةً بإيجابِ الشَّرعِ، والنَّذرُ واجبٌ بإيجابِ العبد، والنُّذورُ تُقدَّمُ على الأضحيةِ؛ لِوُقوعِ الاختلافِ في وُجوبِها دونَ وُجوبِ النُّذور. عناية.

(٢) يعني: قوله: «لأنَّ الظَّاهرَ أنَّه يَبتدئ بالأهمِّ».

وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَلَدِهِ حاجًّاً، فَماتَ في الطَّريقِ وأوصَى أنْ يُحَجَّ عنه، يُحَجُّ عنه مِنْ بَلَدِهِ.

ما ذكرناه، وهو أولى مِنْ إبطالِها رأساً، وقد فرَّقنا بين هذا وبين الوصيَّةِ بالعتق من قبلُ[1].

قال: (وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَلَدِهِ حاجًّاً، فَماتَ في الطَّريقِ وأوصَى أنْ يُحَجَّ عنه، يُحَجُّ عنه مِنْ بَلَدِهِ) عند أبي حنيفة، وهو قول زفر. وقال أبو يوسف ومحمد: يُحَجُّ عنه من حيثُ بَلَغ استحساناً.

وعلى هذا الخلافِ إذا ماتَ الحاجُّ عن غيرِهِ في الطَّريق.

لهما: أنَّ السَّفرَ بنيَّةِ الحَجِّ وَقَعَ قُربةً، وسَقَطَ فَرْضُ قَطعِ المسافةِ بِقَدْرِهِ، وقد وَقَعَ أجرُهُ على اللهِ، فَيَبتدِئُ من ذلك المكانِ كأنَّه من أهلِهِ، بخلافِ سَفرِ التِّجارةِ؛ لأنَّه لم يقعْ قُربةً، فَيُحَجُّ عنه من بلدِهِ.

وله: أنَّ الوصيَّةَ تَنصرِفُ إلى الحجِّ من بَلدِهِ على ما قرَّرناه[2]، أداءً للواجِبِ على الوجهِ الذي وَجَب، والله أعلم.

---

1) يعني: على مذهب أبي حنيفة، وهو الذي ذكَرَه قبلَ هذا الفَصلِ، بقوله: «وله أنَّه وصيَّةٌ بِعِتقِ عبدٍ يُشترى بمائة ...» إلخ.

2) أراد به قولَهُ قُبيل هذا: «ومَن أوصى بِحَجَّةِ الإسلام أحَجُّوا عنه رجلاً ...» إلخ.

باب الوصية للأقارب وغيرهم

ومَنْ أوصى لِجيرانِهِ فَهُمُ المُلاصِقُونَ عند أبي حنيفة، وقالا: هُمُ المُلاصِقُون وغَيرُهُم مِمَّنْ يَسكُنُ مَحِلَّةَ المُوصِي ويَجمَعُهُم مَسجِدُ المَحِلَّةِ. ....

(باب الوصية للأقارب وغيرهم)

قال: (ومَنْ أوصى لِجيرانِهِ فَهُمُ المُلاصِقُونَ عند أبي حنيفة، وقالا: هُمُ المُلاصِقُونَ وغَيرُهُم مِمَّنْ يَسكُنُ مَحِلَّةَ المُوصِي ويَجمَعُهُم مَسجِدُ المَحِلَّةِ)، وهذا استحسانٌ، وقولُهُ قياسٌ لأنَّ الجارَ من المُجاورةِ، وهي المُلاصَقَةُ حقيقةً، ولهذا يَستحِقُّ الشُّفعَةَ بهذا الجِوارِ، ولأنَّه لمَّا تعذَّرَ صَرْفُه إلى الجَميعِ يُصرَفُ إلى أخصِّ الخُصوصِ، وهو المُلاصِقُ.

وجهُ الاستحسانِ أنَّ هؤلاءِ كُلَّهم يُسَمَّونَ جيراناً عُرفاً، وقد تأيَّدَ بقوله ﷺ: «لا صلاةَ لجارِ المَسجدِ إلَّا في المَسجدِ»[1]، وفَسَّرَه بكلِّ مَنْ سَمِعَ النِّداءَ، ولأنَّ المَقصِدَ بِرُّ الجيرانِ، واستحبابُهُ[2] يَنتظِمُ المُلاصِقَ وغيرَهُ، إلَّا أنَّه لا بدَّ من الاختلاطِ، وذلك عندَ اتِّحادِ المسجدِ.

وما قاله الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «الجوارُ إلى أربعين داراً» بعيدٌ، وما يُروَى فيه ضعيفٌ[3].

---

(١) أخرجه الحاكم (١/ ٣٧٣) (٨٩٨) عن أبي هريرة، والدار قطني في الصلاة، باب: الحث لجار المسجد على الصلاة فيه إلَّا من عذر (١) عن جابر بن عبد الله.

(٢) أي: استحبابُ البرِّ.

(٣) أخرج الطبراني (١٩/ ٧٣) (١٥٨١٤) عن كعب بن مالك قال: أتى النَّبيَّ ﷺ رجلٌ فقال: يا رسول الله إنِّي نزلتُ في مَحَلَّةِ بني فلانٍ، وإنَّ أشَدَّهم لي أذى أقدَمُهم لي جِواراً، فبَعَثَ رسولُ الله ﷺ أبا بكر وعمر وعليّاً يأتون المسجدَ، فيقومُونَ على بابِهِ فيَصيحون: «ألا أنَّ أربعينَ داراً جارٌ، ولا يدخلُ الجنَّةَ من خافَ جارُهُ بوائِقَهُ».
وأخرج نحوه أبو يعلى (١٠/ ٣٨٥) (٥٩٨٢) من حديث أبي هريرة.

وَمَنْ أوصى لأصهارِهِ فَالوصيَّةُ لكلِّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنِ امرأتِهِ. ....

قالوا: ويستوي فيه السَّاكنُ والمالِكُ، والذَّكَرُ والأنثى، والمُسلِمُ الذِّمِّيُّ؛ لأنَّ اسمَ الجارِ يَتناولُهُم، ويدخلُ فيه العبدُ السَّاكنُ عندَهُ لإطلاقِهِ، ولا يدخُلُ عندهما؛ لأنَّ الوصيَّةَ له وصيَّةٌ لمولاه، وهو[1] غيرُ ساكن.

قال: (وَمَنْ أوصى لأصهارِهِ فَالوصيَّةُ لكلِّ ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنِ امرأتِهِ)؛ لِما رُوي «أنَّ النَّبيَّ ﷺ لَمَّا تَزوَّجَ صفيَّةَ أعتقَ كلَّ مَنْ مَلَك من ذي رَحِمٍ مَحرَمٍ منها إكراماً لها»[2]، وكانوا يُسَمَّونَ أصهارَ النَّبيِّ ﷺ.

وهذا التَّفسيرُ اختيارُ محمَّدٍ وأبي عبيدة، وكذا يَدخُلُ فيه كلُّ ذي رَحِمٍ مَحرَمٍ من زوجةِ أبيهِ، وزَوجةِ ابنِهِ، وزوجةِ كلِّ ذي رَحِمٍ مَحرَمٍ منه؛ لأنَّ الكلَّ أصهار.

ولو مات المُوصِي والمرأةُ في نِكاحِهِ، أو في عدَّتِهِ من طلاقٍ رجعيٍّ، فالصِّهرُ يَستحِقُّ الوصيَّةَ، وإن كانت في عدَّةٍ من طلاقٍ بائنٍ لا يَستحقُّها لأنَّ بقاءَ الصِّهريَّةِ ببقاءِ النِّكاحِ، وهو شرطٌ عندَ الموتِ.

---

(١) أي: مولاه غيرُ ساكنٍ فلا يتناولُهُ.

(٢) قال الزيلعي: هكذا في الكتاب «صفيَّة»، وهو وهم، وصوابُهُ «جُوَيرية»، أخرجه أبو داود في العتاق باب: في بيع المكاتب إذا فسخت الكتابة (٣٩٣١) عن عائشة رضي الله عنها قالت: وَقَعَت جُوَيريةُ بنتُ الحارثِ بنِ المُصطَلِق في سَهم ثابتِ بنِ قَيسِ بن شَمَّاسٍ، أو ابنِ عمٍّ له، فكاتَبَتْ على نَفسِها، وكانت امرأةً ملاحةً تأخُذُها العينُ، قالت عائشةُ رضي الله عنها: فجاءت تسألُ رسولَ الله ﷺ في كتابتها، فلما قامت على الباب فرأيتُها كَرِهتُ مكانَها وعرفتُ أنَّ رسولَ الله ﷺ سَيَرَى منها مِثلَ الذي رأيتُ، فقالت: يا رسول الله أنا جُويريةُ بنتُ الحارثِ، وإنَّما كان مِنْ أمري ما لا يخفى عليك، وإنِّي وقعتُ في سَهمِ ثابتِ بنِ قيسِ بنِ شَمَّاس، وإنِّي كاتبتُ على نفسي، فَجِئتُ أسألُكَ في كتابتي، فقال رسولُ الله ﷺ: «فهل لك إلى ما هو خيرٌ منه؟»، قالت: وما هو يا رسول الله؟ قال: «أؤدِّي عنكِ كتابَتَكِ وأتزوَّجُكِ»، قالت: قد فعلتُ، قالت: فَتَسامَعَ - تعني: النَّاس، أنَّ رسولَ الله ﷺ قد تزوَّجَ جُويريةَ، فأرسلوا ما في أيديهم من السَّبيِ فأعتقوهم، وقالوا: أصهارُ رسولِ الله ﷺ، فما رأينا امرأةً كانت أعظَمَ بركَةً على قَومِها منها، أُعتِقَ في سَبَبِها مائةُ أهلِ بيتٍ من بني المُصطَلِق.

ومَنْ أوصى لأَختانِهِ، فالوصيَّةُ لِزَوجِ كلِّ ذاتِ رَحِمٍ مَحرَمٍ منه، وكذا مَحارم الأزواج. ومَنْ أوصى لأقارِبِهِ، فهي لِلأقربِ فالأقربِ مِنْ كلِّ ذي رَحِمٍ مَحرَمٍ منه، ولا يَدخُلُ فيه الوالدانِ والوَلَدُ، ويكونُ ذلك لِلاثنينِ فَصاعداً، وهذا عند أبي حنيفة، وقال صاحباه: الوَصيَّةُ لكلِّ مَنْ يُنسَبُ إلى أقصى أبٍ له في الإسلامِ. ....

قال: (ومَنْ أوصى لأَختانِهِ[1]، فالوصيَّةُ لِزَوجِ كلِّ ذاتِ رَحِمٍ مَحرَمٍ منه، وكذا مَحارم الأزواج)؛ لأنَّ الكلَّ يُسمَّى خَتَناً.

قيل: هذا في عُرفِهِم. وفي عُرفنا لا يَتناولُ الأزواجَ المَحارِمَ.

ويستوي فيه الحُرُّ والعبدُ، والأقربُ والأبعدُ؛ لأنَّ اللَّفظَ يتناولُ الكلَّ.

قال: (ومَنْ أوصى لأقارِبِهِ، فهي لِلأقربِ فالأقربِ مِنْ كلِّ ذي رَحِمٍ مَحرَمٍ منه، ولا يَدخُلُ فيه الوالدانِ والوَلَدُ، ويكونُ ذلك لِلاثنينِ فَصاعداً، وهذا عند أبي حنيفة، وقال صاحباه: الوَصيَّةُ لكلِّ مَنْ يُنسَبُ إلى أقصى أبٍ له في الإسلامِ) وهو أوَّلُ أبٍ أسلَمَ، أو أوَّلُ أبٍ أدركَ الإسلامَ وإنْ لم يُسلِمْ، على حَسَبِ ما اختَلَفَ فيه المشايخ.

وفائدةُ الاختلافِ تَظهَرُ في أولادِ أبي طالِبٍ، فإنَّه أدرَكَ الإسلامَ ولم يُسلِمْ.

لهما: أنَّ القريبَ مُشتَقٌّ من القَرابةِ، فيكونُ اسماً لِمَنْ قامت به، فَيَنتظِمُ[2] بحقيقةِ مواضِعِ الخلاف.

وله: أنَّ الوصيَّةَ أختُ الميراثِ، وفي الميراثِ يُعتَبَرُ الأقربُ فالأقربُ، والمرادُ بالجَمعِ المذكورِ فيه اثنانِ، فكذا في الوصيَّة، والمَقصِدُ من هذه الوصيَّةِ تَلافي ما فَرَّطَ في إقامةِ واجبِ الصِّلةِ، وهو يَختَصُّ بذي الرَّحمِ المَحرَمِ منه.

---

(١) «الأختان» تُطلَقُ على أزواجِ المَحارمِ، كزوجِ البنتِ والأختِ والعَمَّةِ والخالةِ وغيرِها، وعلى مَحارمِ الأزواجِ، فيكونُ كلُّ ذي رَحمٍ مَحرمٍ من أزواجِ المَحارمِ، من الذَّكرِ والأنثى كلُّهم في قسمةِ الثُّلثِ سواءٌ. عناية.

(٢) أي: يَشمَلُ اسمُ القريبِ.

وإذا أوصى لأقاربِهِ ولَهُ عَمَّانِ وخالانِ، فالوصيَّةُ لِعَمَّيه. ولو تَرَكَ عمَّاً وخالَينِ، فَلِلعَمِّ نِصفُ الوَصيَّةِ والنِّصفُ للخَالَينِ. ....

ولا يدخلُ فيه قَرابةُ الوِلادِ، فإنَّهم لا يُسمَّونَ أقرباء، ومَنْ سَمَّى والدَهُ قريباً كان منه عُقوقاً، وهذا لأنَّ القريبَ في عُرفِ اللِّسانِ مَنْ يَتقرَّبُ إلى غيرِهِ بِوَسيلةِ غيرِهِ، وتَقرُّبُ الوالِدِ والوَلَدِ بنفسِهِ لا بِغَيرِهِ.

ولا مُعتَبَرَ بظاهرِ اللَّفظِ[1] بعدَ انعقادِ الإجماعِ على تَركِهِ[2]، فعنده يُقيَّدُ بما ذكرناه، وعندهما بأقصى الأبِ في الإسلامِ، وعند الشَّافعيِّ[3] بالأبِ الأدنى.

قال: (وإذا أوصى لأقاربِهِ ولَهُ عَمَّانِ وخالانِ، فالوصيَّةُ لِعَمَّيهِ) عنده، اعتباراً للأقربِ كما في الإرث. وعندهما: بينهم أرباعاً؛ إذ هما[4] لا يَعتَبِران الأقربَ.

(ولو تَركَ عمَّاً وخالَينِ، فَلِلعَمِّ نِصفُ الوَصيَّةِ والنِّصفُ للخَالَينِ)؛ لأنَّه لا بدَّ مِن اعتبارِ معنى الجَمعِ، وهو الاثنانِ في الوَصيَّةِ كما في الميراثِ[5].

بخلافِ ما إذا أوصى لِذي قَرابتِهِ[6]، حيثُ يكونُ للعَمِّ كلُّ الوصيَّةِ؛ لأنَّ اللَّفظَ[7] لِلمفردِ، فَيُحرِزُ الواحدُ كلَّها؛ إذْ هو الأقرب.

ولو كان له عمٌّ واحدٌ[8] ....

---

(١) هذا جوابٌ عن قولهما بأنَّ القريب مشتقٌّ من القرابةِ، فيكونُ اسماً لمن قامت به. بناية.

(٢) يعني: أنَّ ظاهر اللَّفظِ وإن اقتضى صحَّةَ إطلاقِ اسمِ القريب على الوالدِ والولد، لكن انعقَدَ الإجماعُ على تركِ هذا الظَّاهر. بناية.

(٣) انظر روضة الطالبين (٦/ ١٧٣) ط المكتب الإسلامي.

(٤) أي: أبو يوسف ومحمد.

(٥) يعني: لو كان العمُّ اثنين كان لكلِّ واحدٍ منهما النِّصفُ، فكذا إذا انفَرَدَ كان له النِّصفُ أيضاً. عناية.

(٦) أي: وكان الوارثُ عمَّاً وخالَينِ فقط.

(٧) وهو قوله: «لذي قرابتي».

(٨) أي: فيما لو أوصى لأقاربِهِ وله عمٌّ واحدٌ غيرُ وارثٍ، أعطي نصفَ الثُّلُثِ؛ لأنَّه لابدَّ من اعتبار معنى الجمعِ، وهو الاثنانِ، ولم يوجد. بناية.

وَمَنْ أوصى لأهلِ فُلانٍ، فهي على زَوجَتِهِ عند أبي حنيفة. ولو أوصى لآلِ فُلانٍ، فهو لأهلِ بَيتِهِ. ....

فله نصفُ الثُّلُثِ لِما بيَّنَّاه[1].

ولو تَرَكَ عمَّاً وعمَّةً وخالاً وخالةً، فالوصيَّةُ للعَمِّ والعَمَّةِ بينهما بالسَّويَّةِ؛ لاستواءِ قَرابَتِهِما، وهي أقوى[2]، والعَمَّةُ وإن لم تكن وارثةً فهي مُستحِقَّةٌ للوصيَّةِ، كما لو كان القريبُ رقيقاً أو كافراً.

وكذا إذا أوصى لِذَوي قَرابتِهِ، أو لأقربائِهِ، أو لأنسبائِهِ في جَميعِ ما ذكرنا[3]؛ لأنَّ كلَّ ذلك لفظُ جَمعٍ.

ولوِ انعَدَمَ المَحرَمُ[4] بَطَلَت الوصيَّةُ؛ لأنَّها مقيَّدةٌ بهذا الوصف[5].

قال: (وَمَنْ أوصى لأهلِ فُلانٍ، فهي على زَوجَتِهِ عند أبي حنيفة)، وقالا: يتناولُ كلَّ مَن يَعُولُهم وتَضمُّهُم نَفَقَتُهُ اعتباراً للعُرفِ، وهو مُؤيَّدٌ بالنَّصِّ، قال الله تعالى: ﴿وَأْتُونِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ [يُوسُف: ٩٣].

وله: أنَّ اسمَ الأهلِ حقيقةٌ في الزَّوجةِ، يَشهَدُ بذلك قوله تعالى: ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِ﴾ [القَصَص: ٢٩]، ومنه قولُهُم: «تأهَّلَ ببلدةِ كذا»، والمطلَقُ يَنصرِفُ إلى الحقيقةِ.

قال: (ولو أوصى لآلِ فُلانٍ، فهو لأهلِ بَيتِهِ)؛ لأنَّ «الآل» القبيلةُ التي يُنسَبُ إليها.

---

(١) أراد به قولَهُ: «لأنَّه لا بدَّ من اعتبار معنى الجَمعِ، وهو الاثنان ...» إلخ. عناية.

(٢) أي: قرابةُ العمومةِ أقوى من قَرابة الخُؤولةِ.

(٣) يعني: من القيودِ المذكورةِ على قول أبي حنيفة، خلافاً لهما. عناية.

(٤) أي: إذا أوصى لأقاربه فلم يُوجَد بينهم ذو رَحِمٍ مَحرَمٍ من المُوصِي، بَطَلَت الوصيَّةُ عند الإمام؛ لأنَّ الوصيَّةَ للأقاربِ عنده تَنصرِفُ لذي الرَّحِمِ المَحرَمِ، فإذا عُدم ذو الرَّحِمِ المَحرَم كانت وصيَّةً لمعدوم، فتبطُلُ.

(٥) لأنَّ الوصيَّةَ للأقارب مقيَّدةٌ بوصف المحرميَّةِ.

ولو أوصى لأهلِ بَيتِ فلانٍ، يَدخُلُ فيه أبوه وجَدُّه؛ لأنَّ الأبَ أصلُ البيتِ.

ولو أوصى لأهلِ نَسَبِهِ، أو لِجنسِهِ، فالنَّسَبُ عبارةٌ عَمَّن يُنسَبُ إليه، والنَّسبُ يكونُ من جهةِ الآباءِ. وجِنسُهُ أهلُ بَيتِ أبيهِ دونَ أمِّهِ؛ لأنَّ الإنسانَ يَتجنَّسُ بأبيهِ، بخلافِ قرابتِهِ، حيثُ تكونُ من جانبِ الأمِّ والأبِ.

ولو أوصى لأيتامِ بني فلانٍ، أو لِعُميانِهِم، أو لِزُمْناهُم، أو لأرامِلِهِم:

- إن كانوا قوماً يُحصَون دخَلَ في الوصيَّةِ فُقراؤُهُم وأغنياؤُهُم، ذكورُهُم وإناثُهُم؛ لأنَّه أمكَنَ تحقيقُ التَّمليكِ في حقِّهم، والوصيَّةُ تمليكٌ.

- وإن كانوا لا يُحصَونَ، فالوصيَّةُ في الفقراءِ منهم؛ لأنَّ المَقصودَ من الوصيَّةِ القُربةُ، وهي في سَدِّ الخَلَّةِ ورَدِّ الجَوعةِ، وهذه الأساميُّ تُشعِرُ بِتَحقُّقِ الحاجةِ، فجاز حَملُهُ على الفقراءِ.

بخلاف ما إذا أوصى لِشُبَّانِ بني فلان وهم لا يُحصَونَ، أو لأيامَى بني فلانٍ وهم لا يُحصَونَ، حيث تَبطُلُ الوصيَّةُ[1]؛ لأنَّه ليس في اللَّفظِ ما يُنبئُ عن الحاجةِ فلا يُمكِنُ صَرْفُهُ إلى الفقراء، ولا يُمكِنُ تَصحيحُهُ تَمليكاً في حقِّ الكلِّ؛ لِلجَهالةِ المُتفاحِشَةِ وتَعذُّرِ الصَّرفِ إليهم.

وفي الوصيَّةِ للفقراءِ والمساكينِ يَجِبُ الصَّرفُ إلى اثنينِ منهم اعتباراً لمعنى الجَمعِ، وأقلُّه اثنانِ في الوصايا على ما مَرَّ.

ولو أوصى لِبَني فلانٍ، يَدخُلُ فيهم الإناثُ في قولِ أبي حنيفة أَوَّلَ قولَيهِ، وهو قولُهما؛ لأنَّ جَمْعَ الذُّكورِ يتناولُ الإناثَ، ثمَّ رَجَعَ وقال: يتناولُ الذُّكورَ خاصَّةً؛ لأنَّ حقيقةَ الاسمِ للذُّكورِ، وانتظامُهُ للإناثِ تَجوُّزٌ والكلامُ لحقيقتِهِ.

---

(1) فيه إشارةٌ إلى أنَّهم إذا كانوا يُحصَونَ، كان الحكمُ كما تقدَّمَ في دخول الغنيِّ والفقيرِ.
وهل يدخلُ الذَّكرُ والأنثى في الأيامى دُخولَهُ في الأرامل أو لا؟
قال الكرخيُّ: يدخل؛ لأنَّ الأيِّمَ هي التي لا زوج لها، بكراً كانت أو ثيِّباً، ويقالُ: رجلٌ أيِّمٌ أيضاً.
وقال محمد: الأيِّمُ هي الثَّيِّبُ خاصَّةً. وقولُ المصنِّفِ مُحتَمِلٌ، والظَّاهِرُ دخولُهُ؛ لأنَّه تَرَكَه اعتماداً على ذكرِهِ في الأرامل.

وَمَنْ أوصى لِوَلَدِ فُلانٍ، فالوصيَّةُ بينهم، والذَّكرُ والأنثى فيه سواءٌ. وَمَنْ أوصى لِوَرثةِ فُلانٍ، فالوَصيَّةُ بَينَهُم لِلذَّكرِ مِثلُ حَظِّ الأُنثيَينِ.

بخلاف ما إذا كان بنو فلانٍ اسمَ قبيلةٍ أو فَخذٍ، حيثُ يَتناولُ الذُّكورَ والإناثَ؛ لأنَّه ليس يُرادُ بها أعيانُهُم، إذ هو مُجرَّدُ الانتسابِ كبني آدم، ولهذا يدخلُ فيه مولى العَتاقةِ والمُوالاةِ وحُلفاؤهم.

قال: (ومَنْ أوصى لِوَلدِ فُلانٍ، فالوصيَّةُ بينهم، والذَّكرُ والأنثى فيه سواءٌ)؛ لأنَّ اسمَ الولدِ يَنتظِمُ الكلَّ انتظاماً واحداً.

(ومَنْ أوصى لِوَرثةِ فُلانٍ، فالوَصيَّةُ بَينَهُم لِلذَّكَرِ مِثلُ حَظِّ الأُنثيَينِ)؛ لأنَّه لمَّا نَصَّ على لفظِ الوَرثةِ آذنَ ذلك بأنَّ قَصْدَهُ التَّفضيلُ، كما في الميراث.

ومَن أوصى لِمَواليهِ، ولَهُ مَوالٍ أعتقَهُم ومَوالٍ أعتقُوهُ، فالوصيَّةُ باطلةٌ.

وقال الشَّافعيُّ في بعض كتبه: إنَّ الوصيَّةَ لهم جميعاً، وذَكَرَ في مَوضعٍ آخَرَ أنَّه يُوقَفُ حتَّى تَصالَحُوا[١].

له: أنَّ الاسمَ يَتناولُهُم لأنَّ كلاً منهم يُسمَّى مَولى، فصار كالإخوة[٢].

ولنا: أنَّ الجِهةَ مُختلِفَةٌ؛ لأنَّ أحَدَهُما يُسمَّى مولَى النِّعمةِ والآخَرُ مُنعَمٌ عليه، فصار مُشتَرَكاً، فلا يَنتَظِمُهما لفظٌ واحدٌ في مَوضعِ الإثباتِ.

بخلافِ ما إذا حَلَفَ لا يُكلِّمُ مَواليَ فلانٍ، حيثُ يَتناولُ الأعلى والأسفَلَ؛ لأنَّه مَقامُ النَّفي، ولا تَنافي فيه.

ويدخل في هذه الوصيَّةِ مَنْ أعتقَهُ في الصِّحَّةِ والمَرضِ.

---

(١) أي: حتَّى يَصطلِحوا على أنَّ الثُّلثَ بينهم، فإذا اصطلحا على ذلك جازتِ الوصيَّةُ وكان الثُّلُثُ بينَ الفريقين.

(٢) يعني: صار كما لو أوصى لإخوةٍ، وكانوا إخوةً أشقَّاء، ولأبٍ فقط، ولأمٍّ فقط، فيدخل في الوصيَّة الكلُّ على السَّواء.

ولا يدخُلُ مُدَبَّروهُ وأمَّهاتُ أولادِهِ؛ لأنَّ عِتقَ هؤلاءِ يَثبُتُ بعد المَوتِ، والوصيَّةُ تُضافُ إلى حالةِ المَوتِ، فلا بدَّ من تَحقُّقِ الاسمِ قبلَهُ. وعن أبي يوسف: أنَّهم يَدخلُونَ؛ لأنَّ سببَ الاستحقاقِ لازمٌ[١].

ويدخلُ فيه[٢] عبدٌ قال له مولاه: «إنْ لم أضرِبْكَ فأنتَ حُرٌّ»؛ لأنَّ العِتقَ يَثبُتُ قُبيلَ الموتِ عندَ تحقُّقِ عجزِهِ.

ولو كان له مَوالٍ وأولادُ مَوالٍ ومَوالي مُوالاةٍ، يدخُلُ فيها مُعتَقُوهُ وأولادُهُم دونَ مَوالي المُوالاةِ. وعن أبي يوسف: أنَّهم يدخلونَ أيضاً والكلُّ شركاءُ؛ لأنَّ الاسمَ يتناولُهُم على السَّواءِ.

ومحمد يقول: الجِهةُ مُختلِفةٌ، في المُعتِقِ الإنعامُ، وفي المَوالي عَقدُ الالتزامِ، والإعتاقُ لازمٌ[٣] فكان الاسمُ له أحَق[٤].

ولا يدخُلُ فيهم مَوالي المَوالي؛ لأنَّهم مَوالي غيرِهِ حقيقةً، بخلاف مواليهِ وأولادِهِم لأنَّهم يُنسَبونَ إليه بإعتاقٍ وُجِدَ منه. وبخلافِ ما إذا لم يكن له مَوالٍ ولا أولادُ المَوالي؛ لأنَّ اللَّفظَ لهم مَجازٌ[٥]، فَيُصرَفُ إليه[٦] عند تَعذُّرِ اعتبارِ الحقيقةِ.

ولو كان له مُعتَقٌ واحدٌ ومَوالي المَوالي، فالنِّصفُ لِمُعتَقِهِ والباقي للورثةِ؛ لِتَعذُّرِ الجَمعِ بين الحقيقةِ والمَجازِ.

---

(١) أي: سببُ استحقاقِ الولاءِ - وهو التَّدبير والاستيلاد - لازمٌ. بناية.

(٢) أي: في الإيصاء لمواليه.

(٣) هذا جوابٌ عمَّا يقال: لمَّا كانت الجهةُ مُختلِفَةً، في أحدِهما الإنعامُ وفي الآخَرِ الالتزام، وَجَبَ بُطلان الوصيَّةِ، فأجاب بقوله: والإعتاقُ لازمٌ لا يحتملُ الفسخَ. بناية بتصرف

(٤) أي: فكان اسمُ المولى للمعتِقِ أولى وأحقُّ من مولى الموالاة. بناية.

(٥) أي: اللَّفظُ يتناولهم مجازاً.

(٦) أي: يُصرفُ اللَّفظُ إلى المَجازِ.

ولا يدخُلُ فيه[1] مَوالِ أعتَقَهُم ابنُهُ أو أبوه؛ لأنَّهم ليسوا بِمَواليهِ لا حقيقةً ولا مجازاً، وإنَّما يُحرِزُ مِيراثَهُم بالعُصوبةِ[2]، بخلافِ مُعتَقِ البعضِ[3]؛ لأنه يُنسَبُ إليه بالولاء، واللهُ أعلم بالصَّواب.

---

(١) أي: فيما إذا أوصى لمواليه. عناية.

(٢) جوابٌ عمَّا روي عن أبي يوسف أنَّ مَوالي أبيهِ تدخلُ إذا ماتَ أبوهُ وَوَرِثَ ولاءَهُم؛ لأنَّهم مَواليهِ حُكماً، ولهذا يُحرِزُ مِيراثَهُم.
ووجهُ ذلك أنَّ إحرازَهُ المِيراثَ ما كان لِكَونِهِم مَوالٍ له، لكن الشَّرعُ أقامَ عَصبَةَ المُعتِقِ مَقامَ المُعتِقِ في حقِّ الميراثِ؛ لأنَّ الولاءَ كالنَّسبِ لا يُورَثُ، نَصَّ عليه صاحبُ الشَّرعِ، قال: «الولاءُ لُحمَةٌ كَلُحمةِ النَّسبِ، لا يُباعُ ولا يُوهَبُ ولا يُورَثُ»، وهو نَصٌّ صريحٌ في عَدَمِ الانتقالِ، فكان بطريق العُصوبة. عناية.

(٣) في العناية: قال في النِّهاية: هكذا وقع في النُّسخ، وليس بصوابٍ، والصَّوابُ أن يقول: «بخلافِ مُعتَقِ المُعتِقِ» كما هو المذكورُ في الإيضاح؛ لأنَّه يُثبِتُ بهذا الفرقَ بينَ مَوالِ المَوالي وبينَ مَوالِ أعتَقَهُم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النُّسخةِ الصَّحيحةِ فيه أيضاً، وذلك إنَّما يستقيم إذا كان بخلافِ مُعتَقِ المُعتِقِ.
وأمَّا مُعتَقُ البعضِ فعند أبي حنيفة لم يُنسَب إليه حقيقةً، فلا يَحتاجُ إلى ذكرِهِ.
وذَكَرَ بعضُ الشَّارحين أنَّ النُّسخةَ في قوله: «ولا يدخلُ فيه موالِ أعتَقَهُم» بإثبات لفظةِ ابنه، وهاهنا بخلافِ مُعتَق البعضِ، فجَعَلَه مرتبطاً بقوله: «ولا يدخل فيه موالِ أعتَقَهم ابنه»، ومعناه فإنَّ مُعتَق البعضِ يدخُلُ تحتَ الوصيَّةِ للمولى؛ لأنَّه مولاه حقيقةً، بخلافِ موالي الأمِّ؛ لأنَّهم ليسوا مواليه أصلاً، ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهبهما؛ لأنَّ مُعتَقَ البعضِ كالمكاتب، والمكاتبُ لا يدخُلُ تحتَ اسمِ المولى عند تمامِ الكتابة، وهذا فيه تصحيحُ نسخةِ الكتابِ في المَوضعين، وإن كان فيه بُعدٌ من حيثُ الإيرادُ على مذهبها خاصَّةً، والله أعلم.

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

وتَجوزُ الوَصيَّةُ بِخِدمةِ عَبدِهِ وسُكنَى دارِهِ سِنينَ مَعلومةً، وتَجوزُ بذلك أبداً، فإنْ خَرَجَتْ رَقبَةُ العبدِ مِنَ الثُّلُثِ يُسلَّمُ إليه لِيَخدُمَهُ، وإنْ كان لا مالَ لَهُ غيرُهُ خَدَمَ الوَرثَةَ يَومينِ والمُوصَى له يوماً، ....

(باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة)

قال: (وتَجوزُ الوَصيَّةُ بِخدمةِ عَبدِهِ وسُكنَى دارِهِ سِنينَ مَعلومةً، وتَجوزُ بذلك أبداً)؛ لأنَّ المنافعَ يصحُّ تَمليكُها في حالةِ الحياةِ بِبَدلٍ وغيرِ بدَلٍ، فكذا بعد المَماتِ لِحاجتِهِ[١] كما في الأعيان، ويكونُ مَحبوساً على مِلكِهِ[٢] في حقِّ المنفعةِ، حتَّى يَتملَّكُها المُوصَى له على مِلكِهِ، كما يَستوفي المَوقوفُ عليه مَنافِعَ الوقفِ على حُكمِ مِلكِ الواقفِ.

وتجوزُ مؤقَّتاً ومُؤبَّداً كما في العاريَّةِ، فإنَّها[٣] تمليكٌ على أصلِنا، بخلافِ الميراثِ؛ لأنَّه خِلافَةٌ فيما يَتملَّكُهُ المُورِّثُ، وذلك في عينٍ تبقى، والمنفعةُ عَرَضٌ لا يبقى، وكذا الوصيَّةُ بِغَلَّةِ العبدِ والدَّارِ؛ لأنَّه بدلُ المنفعةِ فأخَذَ حُكمَها، والمعنى يَشمَلُهما.

قال: (فإنْ خَرَجَتْ رَقبَةُ العبدِ مِنَ الثُّلُثِ[٤] يُسلَّمُ إليه لِيَخدُمَهُ)؛ لأنَّ حَقَّ المُوصَى له في الثُّلثِ لا يُزاحِمُهُ الورثةُ.

(وإنْ كان لا مالَ لَهُ[٥] غيرُهُ خَدَمَ الوَرثَةَ يَومينِ والمُوصَى له يوماً)؛ لأنَّ حقَّه

---

(١) أراد بالحاجة تدارك ما فرَّط في حياتِهِ.

(٢) أي: ملكِ الموصي.

(٣) أي: العاريةُ تمليكُ المنافع على أصلنا.

(٤) يعني: إذا أوصى بخدمةِ العبدِ مؤبَّداً. بناية.

(٥) أي: للموصي.

فإن كان ماتَ المُوصَى له عادَ إلى الوَرثةِ، ولو ماتَ المُوصَى له في حياةِ المُوصِي بَطَلَتْ. ....

في الثُّلُثِ وحقَّهم في الثُّلثينِ، كما في الوصيَّة في العينِ[1]، ولا تُمكِنُ قِسمةُ العبدِ أجزاءً، لأنَّه لا يَتجزَّأ فَصِرنا إلى المُهايأةِ إيفاءً لِلحقَّينِ.

بخلافِ الوصيَّة بِسُكنى الدَّارِ إذا كانت لا تَخرُجُ من الثُّلثِ، حيثُ تُقسَم عينُ الدَّارِ أثلاثاً للانتفاعِ؛ لأنَّه يُمكِنُ القِسمةُ بالأجزاءِ، وهو أعدَلُ لِلتَّسويةِ بينهما زماناً وذاتاً، وفي المهايأة تقديمُ أحدِهِما زماناً.

ولو اقتَسَموا الدَّارَ مُهايأةً من حيثُ الزَّمانُ، تجوزُ أيضاً؛ لأنَّ الحقَّ لهم، إلَّا أنَّ الأوَّل وهو الأعدَلُ أولى، وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثُلُثَي الدَّارِ. وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللهُ: أنَّ لهم ذلك؛ لأنَّه خالِصُ مِلكِهِم.

وجهُ الظَّاهر: أنَّ حقَّ المُوصَى له ثابتٌ في سُكنَى جميعِ الدَّارِ، بأنْ ظَهَرَ للميتِ مالٌ آخَرُ، وتَخرُجُ الدَّارُ من الثُّلثِ، وكذا له حقُّ المُزاحمةِ فيما في أيديهم إذا خَرِبَ ما في يده، والبيعُ يَتضمَّنُ إبطالَ ذلك، فَمُنِعوا عنه.

قال: (فإن كان ماتَ المُوصَى له عادَ إلى الوَرثةِ)؛ لأنَّ المُوصِي أوجَبَ الحقَّ للموصَى له لِيَستوفيَ المنافِعَ على حُكمِ مِلكِهِ، فلو انتقَلَ إلى وارثِ المُوصَى له استَحَقَّها ابتداءً من مِلكِ المُوصِي من غيرِ مَرضاتِهِ، وذلك لا يجوزُ.

(ولو ماتَ المُوصَى له في حياةِ المُوصِي بَطَلَتْ)؛ لأنَّ إيجابَها تَعلَّقَ بالموتِ على ما بيَّنَّاه من قبل[2].

---

(١) أي: كما أنَّهم يقتسمونَ مع الموصى له بالثُّلُث والثُّلثينِ فيما إذا أوصى بثلثٍ في عينٍ ولا مال له غيره. بناية.

(٢) أي: في فصلِ اعتبار حالةِ الوصيَّة في بيانِ الفَرقِ بين جوازِ الإقرارِ وبُطلانِ الوصيَّة، بقوله: «بخلاف الوصيَّة؛ لأنَّها إيجاب عند الموت ...» انظر ص (٦٥٧).

ولو أوصى بِغَلَّةِ عَبدِهِ أو دارِهِ، فاستَخدَمَهُ[1] بنفسِهِ أو سَكَنَها بنفسِهِ، قيل: يجوزُ ذلك؛ لأنَّ قيمةَ المنافعِ كَعَينِها في تَحصيلِ المَقصودِ.

والأصحُّ أنَّه لا يجوزُ؛ لأنَّ الغَلَّةَ دراهمُ أو دنانيرُ، وقد وَجَبَتِ الوصيَّةُ بها، وهذا[2] استيفاءُ المنافِعِ، وهما[3] مُتغايرانِ ومُتفاوتانِ في حقِّ الورثةِ، فإنَّه لو ظَهَرَ دَيْنٌ[4] يُمكِنُهُم أداؤه من الغَلَّةِ بالاستردادِ منه[5] بعد استغلالِها، ولا يُمكِنُهم[6] من المنافعِ بعدَ استيفائها بِعَينِها.

وليس للمُوصَى له بالخدمةِ والسُّكنى أن يُؤاجِرَ العبدَ أو الدَّارَ.

وقال الشَّافعيُّ: له ذلك؛ لأنَّه بالوصيَّةِ مَلَكَ المَنفَعَةَ، فَيملِكُ تَمليكَها من غيرِهِ بِبَدَلٍ أو غيرِ بَدَلٍ؛ لأنَّها كالأعيانِ[7] عنده، بخلاف العاريةِ[8] لأنَّها إباحةٌ على أصلِهِ وليس بِتَمليكٍ.

ولنا: أنَّ الوصيَّةَ تمليكٌ بغيرِ بدَلٍ مُضافٌ إلى ما بعدَ المَوتِ، فلا يَملِكُ تمليكَهُ ببدلٍ اعتباراً بالإعارةِ، فإنَّها تمليكٌ بغيرِ بدلٍ في حالةِ الحياةِ على أصلنا، ولا يَملِكُ المُستعيرُ الإجارةَ لأنَّها تمليكٌ ببدلٍ، كذا هذا.

وتحقيقُهُ: أنَّ التَّمليكَ ببدلٍ لازمٌ، وبغيرِ بدلٍ غيرُ لازمٍ، ولا يُملَكُ الأقوى بالأضعفِ، والأكثرُ بالأقلِّ، والوصيَّةُ تبرُّعٌ غيرُ لازمٍ. إلَّا أنَّ الرُّجوعَ لِلمُتبرِّعِ

---

(١) أي: استخدمَ الموصي العبدَ الموصى به، أو الدَّارَ الموصَى بها.

(٢) أي: استخدام العبد بنفسِهِ، وسكنى الدَّار بنفسِهِ،

(٣) أي: الغلَّةُ والمنافع.

(٤) أي: على الميتِ.

(٥) أي: من الموصَى له.

(٦) أي: الاستردادُ.

(٧) لأنَّ المنفعةَ كالأعيانِ، وفي العين يصحُّ الاعتياضُ عنها، سواءٌ بملك العينِ ببدلٍ أو بغير بدلٍ، فكذلك يصح الاعتياضُ عن المنفعةِ إذا تملَّكها. بناية.

(٨) حيث لا يجوزُ.

لا لغيره[1]، والمُتبرِّعُ بعد الموتِ لا يُمكِنُهُ الرُّجوعُ، فلهذا انقطع، أمَّا هو[2] في وَضعِهِ فغيرُ لازمٍ.

ولأنَّ المنفعةَ[3] ليست بمالٍ على أصلِنا، وفي تَمليكِها بالمالِ إحداثُ صفةِ الماليَّةِ فيها تحقيقاً للمساواةِ في عَقدِ المُعاوَضةِ، فإنَّما تَثبُتُ هذه الولايةُ لِمَن يَملكُها تَبعاً لِملكِ الرَّقبةِ، أو لِمَنْ يَملِكُها بِعَقدِ المُعاوَضةِ، حتَّى يكونَ مُملِّكاً لها بالصِّفةِ التي تَملَّكَها، أمَّا إذا تَمَلَّكَها[4] مقصودةً بغيرِ عِوَضٍ، ثمَّ مَلَّكَها بِعِوَض، كان مُمَلِّكاً أكثَرَ مِمَّا تَمَلَّكَه معنى، وهذا لا يجوزُ[5].

وليس للمُوصَى له أن يُخرِجَ العبدَ من الكوفةِ، إلَّا أن يكونَ المُوصَى له وأهلُهُ في غيرِ الكوفةِ، فَيُخرِجُه إلى أهلِهِ للخدمةِ هنالك إذا كان يَخرُجُ من الثُّلُثِ؛ لأنَّ الوصيَّةَ إنَّما تَنفُذُ على ما يُعرَف مِن مَقصودِ المُوصِي، فإذا كانوا في مِصرِهِ فَمَقصودُهُ أن يُمكِّنَه من خِدمتِهِ فيه بدون أن يُلزِمَهُ مشقَّةَ السَّفرِ، وإذا كانوا في غيرِهِ فَمَقصودُهُ أن يَحمِلَ العبدَ إلى أهلِهِ لِيَخدِمَهم.

ولو أوصى بِغَلَّةِ عبدِهِ أو بِغَلَّةِ دارِهِ يجوزُ أيضاً؛ لأنَّه[6] بدَلُ المنفعةِ، فأخَذَ حكمَ المنفعةِ في جوازِ الوصيَّةِ به، كيف[7] وأنَّه عينٌ حقيقةً لأنَّه دراهمُ أو دنانيرُ فكان

---

(١) جوابٌ عمَّا يُقالُ: الوصيَّةُ وإن كانت غيرَ لازمةٍ ابتداءً، لكنَّها تصيرُ لازمةً بعدَ الموتِ لعَدَمِ قَبولِها الرُّجوعَ حينئذٍ.
ووجهُ ذلك: أنَّ الاعتبارَ للموضوعاتِ الأصليَّةِ، والوصيَّةُ في وَضعِها غيرُ لازمةٍ، وانقطاعُ الرُّجوعِ بِمَوتِ المُوصِي من العوارضِ فلا مُعتَبَر به. عناية.

(٢) أي: الوصيَّةُ على تأويل الإيصاء.

(٣) دليلٌ آخر.

(٤) أي: المنافع.

(٥) يعني: بناءً على ما قال: «ولا يُملَكُ الأقوى بالأضعف» وهو ظاهر. بناية.

(٦) أي: الغلَّة، على تأويل المال. بناية.

(٧) أي: كيف لا يجوز.

بالجوازِ أولى. ولو لم يكن له مالٌ غيرُهُ[1] كان له ثُلُثُ غَلَّةِ تلكَ السَّنَةِ؛ لأنّه عينُ مالٍ يَحتمِلُ القِسمةَ بالأجزاء.

فلو أراد المُوصَى له قِسمةَ الدَّارِ بينه وبينَ الورثةِ، لِيَكونَ هو الذي يَستغِلُّ ثُلُثَها، لم يكنْ له ذلك إلَّا في روايةٍ عن أبي يوسف، فإنَّه يقول: المُوصَى له شريكُ الوارثِ، وللشَّريكِ ذلك، فكذلك للمُوصَى له، إلَّا أنَّا نقول: المُطالَبةُ بالقِسمةِ تَبتني على ثُبوتِ الحقِّ لِلمُوصَى له فيما يُلاقيهِ القِسمةُ، إذ هو المطالِبُ، ولا حقَّ له في عينِ الدَّارِ، وإنَّما حقُّه في الغَلَّةِ فلا يَملِكُ المُطالَبةَ بقسمةِ الدَّارِ.

ولو أوصى له بخدمةِ عَبدِهِ ولآخَرَ بِرَقبتِهِ، وهو يَخرُجُ من الثُّلُثِ، فالرَّقبةُ لصاحِبِ الرَّقبةِ والخِدمةُ عليها لصاحِبِ الخِدمةِ؛ لأنّه أوجَبَ لكلِّ واحدٍ منهما شيئاً مَعلُوماً عطفاً منه لأحدِهِما على الآخَرِ، فَتُعتَبَرُ هذه الحالةُ بحالةِ الانفرادِ.

ثمَّ لمَّا صحَّتِ الوصيَّةُ لصاحبِ الخدمةِ، فلو لم يُوصِ في الرَّقبةِ بشيءٍ لصارتِ الرَّقبةُ مِيراثاً للورثةِ مع كَونِ الخدمةِ للمُوصَى له، فكذا إذا أوصى بالرَّقبةِ لإنسانٍ آخَرَ؛ إذِ الوصيَّةُ أختُ الميراثِ من حيثُ إنَّ المِلكَ يَثبُتُ فيهما بعد الموت.

ولها نظائر، وهو ما إذا أوصى بأمَةٍ لِرَجلٍ، وبما في بَطنِها لآخَرَ، وهي تَخرُجُ من الثُّلُثِ، أو أوصى لرجلٍ بِخَاتمٍ ولآخَرَ بِفَصِّهِ، أو قال: «هذه القَوصَرةُ[2] لفلانٍ، وما فيها من التَّمرِ لفلانٍ» كان كما أوصى، ولا شيءَ لصاحبِ الظَّرفِ[3] في المَظروفِ[4] في هذه المسائل كلِّها، أمَّا إذا فَصَلَ أحد الإيجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف، وعلى قول محمدٍ الأمَةُ للمُوصَى له بها والوَلَدُ بينهما نصفان، وكذلك في أخواتها.

---

(١) أي: غير الغلَّة.

(٢) وعاء التَّمر، يُتَّخذ من القصب.

(٣) وهو الأمَةُ والخاتمُ والقَوصَرةُ. عناية.

(٤) يعني: الولد والفَصَّ والتَّمرَ. عناية.

وَمَنْ أوصى لآخَرَ بِثَمَرَةِ بُستانِهِ، ثمَّ ماتَ وفيه ثَمَرَةٌ، فَلَهُ هذهِ الثَّمرةُ وَحْدَها، وإنْ قال: «له ثَمَرَةُ بُستاني أبداً» فَلَهُ هذهِ الثَّمرَةُ وثَمَرَتُهُ فيما يُستقبَلُ ما عاشَ.

لأبي يوسف: أنَّ بإيجابِهِ في الكلامِ الثَّاني تبيَّنَ أنَّ مُرادَهُ من الكلامِ الأوَّلِ إيجابُ الأمةِ لِلمُوصَى له بها دونَ الولدِ، وهذا البيانُ منه صحيحٌ وإنْ كان مَفصولاً؛ لأنَّ الوصيَّةَ لا تَلزَمُ شيئاً في حالِ حياةِ المُوصِي، فكان البيانُ المَفصولُ فيه والمَوصولُ سواءً، كما في وصيَّةِ الرَّقبةِ والخدمةِ.

ولمحمَّد: أنَّ اسمَ الخاتَمِ يَتناوَلُ الحَلقَةَ والفَصَّ، وكذلك اسمُ الجاريةِ يَتناوَلُها وما في بَطنِها، واسمُ القَوصَرةِ كذلك، ومن أصلنا: أنَّ العامَّ الذي مُوجَبُهُ ثُبوتُ الحُكمِ على سبيلِ الإحاطةِ، بمنزلةِ الخاصِّ، فقد اجتَمَعَ في الفَصِّ وصيَّتانِ، وكلٌّ منهما وصيَّةٌ بإيجابٍ على حِدَةٍ، فَيُجعَلُ الفَصُّ بينهما نصفين، ولا يكونُ إيجابُ الوصيَّةِ فيه للثَّاني رُجوعاً عن الأوَّل، كما إذا أوصى للثَّاني بالخاتَمِ.

بخلاف الخدمةِ مع الرَّقبةِ[1]؛ لأنَّ اسمَ الرَّقبةِ لا يتناولُ الخدمةَ، وإنَّما يَستخدِمُه المُوصَى له بِحُكمِ أنَّ المَنفَعَةَ حصَلَتْ على مِلكِهِ، فإذا أوجَبَ الخدمةَ لغيرِهِ لا يَبقَى للموصَى له فيه حقٌّ.

بخلافِ ما إذا كان الكلامُ مَوصولاً؛ لأنَّ ذلك دليلُ التَّخصيصِ والاستثناءِ، فتبيَّنَ أنَّه أوجَبَ لصاحِبِ الخاتَمِ الحَلقَةَ خاصَّةً دونَ الفَصِّ.

قال: (**وَمَنْ أوصى لآخَرَ بِثَمَرَةِ بُستانِهِ، ثمَّ ماتَ وفيه ثَمَرَةٌ، فَلَهُ هذهِ الثَّمرةُ وَحْدَها. وإنْ قال: «له ثَمَرَةُ بُستاني أبداً» فَلَهُ هذهِ الثَّمرَةُ وثَمَرَتُهُ فيما يُستقبَلُ ما عاشَ**).

---

(١) أي: لو أوصى برقبةِ العبدِ لإنسانٍ، وبخدمتِهِ لآخَرَ، كان كما أوصى، ولا تكونُ الخدمةُ مشتركةً بينهما، لأنَّ اسمَ الرَّقبةِ لا يتناولُ الخدمةَ، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنَّ الخاتَمَ يتناولُ الحلقةَ والفصَّ جميعاً، واسمَ الجاريةِ يتناولها وما في بَطنِها، واسم القَوصَرة كذلك.

وإنْ أوصَى لَهُ بِغَلَّةِ بُستانِهِ فَلَهُ الغَلَّةُ القائمةُ وغَلَّتُهُ فيما يُستَقبَلُ. ومَنْ أوصى لِرَجلٍ بِصُوفِ غَنَمِهِ أبداً، أو بأولادِها أو بِلَبَنِها، ثمَّ ماتَ، فَلَهُ ما في بُطونِها مِنَ الولدِ، وما في ضُرُوعِها من اللَّبَنِ، وما على ظُهورِها مِنَ الصُّوفِ يومَ يَمُوتُ المُوصِي، سواءٌ قال: «أبداً» أو لم يَقُلْ.

(وإنْ أوصَى لَهُ بِغَلَّةِ بُستانِهِ فَلَهُ الغَلَّةُ القائمةُ وغَلَّتُهُ فيما يُستَقبَلُ).

والفرقُ: أنَّ الثَّمرَةَ اسمٌ للموجودِ عُرْفاً، فلا يَتناولُ المَعدُومَ إلَّا بدلالةٍ زائدةٍ، مِثل التَّنصيصِ على الأبدِ؛ لأنَّه لا يَتأبَّدُ إلَّا بتناولِ المَعدومِ، والمَعدومُ مذكورٌ وإنْ لم يكنْ شيئاً، أمَّا الغَلَّةُ فَتَنتظِمُ الموجودَ وما يكونُ بِعَرَضِ الوُجودِ مرَّةً بعد أخرى عُرْفاً، يقال: «فلانٌ يأكلُ من غَلَّةِ بُستانِهِ» و«من غَلَّةِ أرضِهِ ودارِهِ»، فإذا أُطلِقَت[1] تَتناوَلُهما عُرْفاً غيرَ مَوقوفٍ على دلالةٍ أخرى. أمَّا الثَّمرةُ إذا أُطلِقَت فلا يُراد بها إلَّا المَوجود، فلهذا يَفتقِرُ الانصرافُ[2] إلى دليلٍ زائدٍ.

قال: (ومَنْ أوصى لِرَجلٍ بِصُوفِ غَنَمِهِ أبداً، أو بأولادِها أو بِلَبَنِها، ثمَّ ماتَ، فَلَهُ ما في بُطونِها مِنَ الولدِ، وما في ضُرُوعِها من اللَّبَنِ، وما على ظُهورِها مِنَ الصُّوفِ يومَ يَمُوتُ المُوصِي، سواءٌ قال: «أبداً» أو لم يَقُلْ)؛ لأنَّه إيجابٌ عندَ الموتِ، فَيُعتَبَرُ قيامُ هذهِ الأشياءِ يومئذٍ، وهذا بخلافِ ما تقدَّم.

والفرقُ أنَّ القياسَ يأبى تمليكَ المَعدومِ؛ لأنَّه لا يَقبَلُ المِلكَ، إلَّا أنَّ في الثَّمرةِ والغَلَّةِ المَعدومةِ جاءَ الشَّرعُ بِوُرودِ العَقدِ عليها، كالمُعاملَةِ والإجارةِ، فاقتضى ذلك جوازَهُ في الوصيَّةِ بالطَّريقِ الأولى؛ لأنَّ بابَها أوسَعُ.

أمَّا الولَدُ المَعدُومُ وأختاه[3] فلا يَجوزُ إيرادُ العَقدِ عليها أصلاً، ولا تُستَحَقُّ بعقدٍ

---

(١) أي: الغَلَّةُ.

(٢) أي: الانصرافُ إلى الأبد.

(٣) أختا الولدِ المعدوم هما: الصُّوفُ المعدومُ، واللَّبنُ المعدومُ. بناية.

ما[١]، فكذلك لا يدخلُ تحتَ الوصيَّةِ[٢]، بخلافِ المَوجودِ منها؛ لأنَّه يجوزُ استحقاقُها بِعَقدِ البيعِ تَبَعاً وبِعَقدِ الخُلعِ مَقصوداً[٣]، فكذا بالوصيَّة[٤]، والله أعلم بالصواب.

---

(١) أي: لا يصحُ استحقاقُها أصلاً بعقدٍ من العقودِ. بناية.

(٢) أي: ولا يصحُّ استحقاقُها بعقدِ الوصيَّةِ أيضاً. بناية.

(٣) صورته: أن تقولَ المرأةُ لِزَوجِها: «خالِعْني على ما في بطنِ جاريتي، أو غَنَمي» صَحَّ وله ما في بطنها، وإنْ لم يكن في البطن شيءٌ فلا شيءَ له، وما حَدَثَ بعدَ ذلك فللمرأةِ؛ لأنَّ ما في البطنِ قد يكونُ مُتقوِّماً وقد لا يكونُ فلم يَضرَّهُ، حتَّى لو قالت: «على حَملِ جاريتي» وليس لها حملٌ تَرُدُّ المهرَ. عناية.

(٤) أي: فكذا تجوزُ بالوصيَّةِ. بناية.

باب وصية الذمي

وإذا صَنَعَ يَهودِيٌّ أو نَصرانِّي بِيعَةً أو كَنيسَةً في صِحَّتِهِ، ثمَّ ماتَ، فهو مِيراثٌ، ولو أوصى بذلكَ لِقَومٍ مُسَمَّيَنَ، فهو الثُّلُثُ، وإنْ أوصى بِدارِهِ كنيسةً لِقَومٍ غَيرِ مُسَمَّينِ، جازتِ الوصيَّةُ عند أبي حنيفة، وقالا: الوصيَّةُ باطلةٌ.

(باب وصية الذمي)

قال: (وإذا صَنَعَ يَهودِيٌّ أو نَصرانِّي بِيعَةً أو كَنيسَةً في صِحَّتِهِ، ثمَّ ماتَ، فهو مِيراثٌ)؛ لأنَّ هذا بمنزلةِ الوقفِ عند أبي حنيفة، والوقفُ عنده يُورَثُ ولا يَلزَمُ، فكذا هذا. وأمَّا عندهما: فلأنَّ هذه معصيةٌ، فلا تصحُّ عندهما[1].

قال: (ولو أوصى بذلكَ لِقَومٍ مُسَمَّيَنَ، فهو الثُّلُثُ)، معناه: إذا أوصى أنْ تُبنَى دارُهُ بِيعَةً أو كنيسةً، فهو جائزٌ من الثُّلُثِ؛ لأنَّ الوصيَّةَ فيها معنى الاستخلافِ ومعنى التَّمليكِ، وله وِلايةُ ذلك، فأمكَنَ تصحيحُهُ على اعتبارِ المَعنَيَيْنِ.

قال: (وإنْ أوصى بِدارِهِ كنيسةً لِقَومٍ غَيرِ مُسَمَّينِ[2]، جازتِ الوصيَّةُ عند أبي حنيفة، وقالا: الوصيَّةُ باطلةٌ)؛ لأنَّ هذه مَعصيةٌ حقيقةً وإنْ كان في مُعتَقَدِهم قُربةً، والوصيَّةُ بالمعصيةِ باطلةٌ؛ لِما في تنفيذها من تقريرِ المعصيةِ.

ولأبي حنيفة: أنَّ هذه قُربةٌ في مُعتقَدِهِم، ونحنُ أُمِرنا بأن نَترُكَهُم وما يَدينون، فتجوزُ بناءً على اعتقادِهِم، ألا يُرى أنَّه لو أوصى بما هو قُربةٌ حقيقةً مَعصيةٌ في مُعتَقَدِهم، لا تَجوزُ الوصيَّةُ اعتباراً لاعتقادِهِم، فكذا عكسُهُ.

ثمَّ الفرقُ لأبي حنيفة بينَ بناءِ البِيعَةِ والكنيسةِ وبينَ الوصيَّةِ به، أنَّ البناءَ نفسَهُ ليس بسببٍ لِزَوالِ مِلك الباني، وإنَّما يَزولُ مِلكُهُ بأن يصيرَ مُحرَّراً خالصاً لله تعالى كما في مساجدِ المسلمين، والكنيسةُ لم تَصِرْ مُحرَّرةً لله تعالى حقيقةً،

---

(١) أي: لا تصحُّ الوصيَّةُ بالمعصيةِ.

(٢) أي: محصورين.

فتبقى مِلكاً للباني فَتُورَثُ عنه، ولأنَّهم يَبنونَ فيها الحُجُراتِ ويَسكنُونَها، فلم يَتحرَّرْ لِتعلُّقِ حقِّ العبادِ به، وفي هذه الصُّورةِ يُورَثُ المسجدُ أيضاً لِعَدَمِ تَحرُّرِه، بخلافِ الوصيَّةِ لأنَّه وُضِعَ لإزالةِ المِلكِ، إلَّا أنَّه امتَنَعَ ثُبوتُ مُقتضاهُ في غيرِ ما هو قُربةٌ عندهم، فبقي فيما هو قُربةٌ على مُقتضاهُ، فَيَزولُ مِلكُهُ فلا يُورَثُ.

ثمَّ الحاصلُ: أنَّ وصايا الذِّمِّيِّ على أربعة أقسام:

- منها: أن تكونَ قُربةً في مُعتَقَدِهِم ولا تكونُ قُربةً في حَقِّنا، وهو ما ذكرناه، وما إذا أوصى الذِّمِّيُّ بأن تُذبَحَ خنازيرُهُ وتُطعَمَ المُشركين، وهذه على الخِلافِ إذا كان لقومٍ غيرِ مُسَمَّينِ، كما ذكرناه، والوجهُ ما بيَّنَّاه[١].

- ومنها: إذا أوصى بما يكونُ قُربةً في حقِّنا ولا يكونُ قُربةً في مُعتَقَدِهِم، كما إذا أوصى بالحَجِّ، أو بأن يُبنَى مسجِدٌ للمسلمين، أو بأنْ يُسْرَجَ في مَساجِدِ المسلمين، فهذه الوصيَّةُ باطلةٌ بالإجماع اعتباراً لاعتقادِهِم، إلا إذا كان لِقَومٍ بأعيانِهِم؛ لِوُقوعِهِ تَمليكاً؛ لأنَّهم مَعلُومونَ والجِهةُ مَشْوِرَةٌ[٢].

- ومنها: إذا أوصى بما يكونُ قُربةً في حقِّنا وفي حقِّهِم، كما إذا أوصى بأنْ يُسرَجَ في بَيتِ المَقدِسِ، أو يُغزَى التُّركُ وهو من الرُّومِ، وهذا جائزٌ سواءٌ كانت لقومٍ بأعيانِهِم أو بغيرِ أعيانِهِم؛ لأنَّه وصيَّةٌ بما هو قُربةٌ حقيقةً وفي مُعتَقَدِهِم أيضاً.

- ومنها: إذا أوصى بما لا يكونُ قُربةً لا في حقِّنا ولا في حقِّهِم، كما إذا أوصى لِلمُغنِّياتِ والنَّائحاتِ، فإنَّ هذا غيرُ جائزٍ؛ لأنَّه معصيةٌ في حقِّنا وفي حقِّهم، إلَّا أن يكونَ لِقَومٍ بأعيانِهِم فَيَصحَّ تمليكاً واستخلافاً.

---

(١) أي: من الجانبين، وهو أنَّ المُعتبَرَ عنده اعتقادُهُم، وعندهما: أنَّه وصيَّةٌ بمعصيةٍ. عناية.

(٢) «مَشْوِرةٌ» مَفعِلَةٌ، لا مفعولة. لكنوي، يعني: أنَّ كلامَهُ في صَرفِ المالِ المُوصى به إلى استضاءةِ المسجدِ وغيرِها، خرج منه على طريقِ المَشوِرَةِ لا على طريق الإلزام. عناية.

وإذا دَخَلَ الحَربيُّ دارَنا بِأمانٍ، فَأوصَى لِمُسلِمٍ أو ذِمِّيٍّ بِمالِهِ كُلِّهِ، جازَ.

وصاحبُ الهوى[1] إنْ كان لا يُكفَرُ فهو في حقِّ الوصيَّةِ بمنزلةِ المُسلِمِ؛ لأنَّا أُمِرنا ببناءِ الأحكامِ على الظَّاهرِ، وإنْ كان يُكفَرُ فهو بمنزلةِ المُرتَدِّ، فيكونُ على الخلافِ المَعروفِ في تَصرُّفاتِهِ بينَ أبي حنيفةِ وصاحبيهِ[2].

وفي المُرتَدَّةِ الأصحُّ أنَّه تَصحُّ وَصاياها؛ لأنَّها تبقى على الرِّدَّةِ، بخلافِ المُرتَدِّ لأنَّه يُقتَلُ أو يُسلِمُ.

قال: (وإذا دَخَلَ الحَربيُّ دارَنا بِأمانٍ، فَأوصَى لِمُسلِمٍ أو ذِمِّيٍّ بِمالِهِ كُلِّهِ، جازَ)؛ لأنَّ امتناعَ الوصيَّةِ بما زادَ على الثُّلُثِ لِحقِّ الورثةِ، ولهذا تَنفُذُ بإجازَتِهِم، وليس لِوَرثتِهِ حقٌّ مَرْعيٌّ؛ لِكَونِهِم في دارِ الحَربِ؛ إذْ هم أمواتٌ في حقِّنا؛ ولأنَّ حُرمةَ مالِهِ باعتبارِ الأمانِ، والأمانُ كان لحقِّهِ لا لِحَقِّ وَرَثتِهِ.

ولو كان أوصى بأقلَّ من ذلك، أُخِذَتِ الوصيَّةُ ويُرَدُّ الباقي على وَرَثتِهِ، وذلك من حقِّ المُستأمِنِ أيضاً[3].

ولو أعتَقَ عبدَهُ عندَ الموتِ، أو دبَّرَ عبدَهُ في دارِ الإسلامِ، فذلك صحيحٌ منه من غيرِ اعتبارِ الثُّلُثِ لِما بيَّنَّا[4].

وكذلك لو أوصى له مُسلِمٌ أو ذِمِّيٌّ بوصيةٍ جازَ؛ لأنَّه ما دام في دار الإسلامِ فهو في المُعاملاتِ بمنزلةِ الذِّمِّيِّ، ولهذا تصحُّ عقودُ التَّمليكاتِ منه في حال

---

(١) أي: المبتدع.

(٢) يعني: أنَّها جائزةٌ عندهما، موقوفةٌ عند أبي حنيفة، إنْ أسلَمَ نَفَذَ كسائر تَصرُّفاتِهِ، وإلَّا فلا. عناية.

(٣) قوله: «وذلك في حقِّ المستأمِنِ أيضاً» جوابٌ عمَّا يَرِدُ على قوله: «ورُدَّ الباقي على الورثة»، وهو أن يُقال: قد قلت: ليس لورثتِهِ حَقٌّ شرعيٌّ لكونِهِم في دارِ الحَربِ، فكيف يُرَدُّ عليهم الباقي.
ووجهه: أنَّ ذلك الرَّدَّ على الورثة أيضاً مُراعاةٌ لحقِّ المُستأمِنِ؛ لأنَّ مِن حقِّه تسليمَ مالِهِ إلى ورثتِهِ عندَ الفراغِ من حاجتِهِ، والزِّيادةُ على مقدارِ ما أوصى به فارغٌ عن ذلك. بناية.

(٤) إشارة إلى قوله: «لأنَّ امتناعَ الوصيَّة بما زادَ على الثُّلث لحقِّ الورثة ...» إلخ.

حياتِهِ، ويصحُّ تبرُّعُه في حياتِهِ فكذا بعد مَماتِهِ.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنَّه لا يجوزُ؛ لأنَّه مُستأمِنٌ من أهلِ الحَربِ، إذْ هو على قَصدِ الرُّجوعِ، ويُمَكَّنُ منه، ولا يُمَكَّنُ من زيادةِ المُقامِ على السَّنةِ إلَّا بالجِزيةِ.

ولو أوصى الذِّمِّيُّ بأكثَرَ من الثُّلثِ، أو لبعضِ وَرَثَتِهِ، لا يجوزُ اعتباراً بالمسلمين؛ لأنَّهم التزموا أحكامَ الإسلامِ فيما يَرجِعُ إلى المعاملات.

ولو أوصى لخلافِ مِلَّتِهِ جازَ اعتباراً بالإرثِ؛ إذِ الكُفرُ كلُّهُ مِلَّةٌ واحدةٌ.

ولو أوصى لحربيٍّ في دارِ الإسلامِ لا يجوزُ؛ لأنَّ الإرثَ مُمتَنِعٌ؛ لِتَبايُنِ الدَّارينِ، والوصيَّةُ أختُهُ، والله أعلم بالصواب.

باب الوصي وما يملكه

وَمَنْ أوصى إلى رجلٍ، فَقَبِلَ الوصيُّ في وَجهِ المُوصِي، ورَدَّها في غيرِ وَجهِهِ فَلَيسَ بِرَدٍّ، فإنْ رَدَّها في وَجهِهِ فهو رَدٌّ. وإنْ لم يَقبَلْ ولم يَرُدَّ حتَّى ماتَ المُوصِي فهو بالخيار: إن شاءَ قَبِلَ، وإنْ شاءَ لم يَقبَلْ. ....

(باب الوصي وما يملكه)

قال: (وَمَنْ أوصى إلى رجلٍ[1]، فَقَبِلَ الوصيُّ في وَجهِ المُوصِي، ورَدَّها في غيرِ وَجهِهِ[2]، فَلَيسَ بِرَدٍّ)؛ لأنَّ الميِّتَ مَضَى مُعتمِداً عليه، فلو صَحَّ رَدُّهُ في غيرِ وَجهِهِ في حياتِهِ أو بعدَ مَماتِهِ صارَ مَغرُوراً من جهتِهِ، فَرُدَّ رَدُّهُ.

بخلافِ الوكيلِ بشراءِ عبدٍ بِغَيرِ عَينِهِ، أو بِبَيعِ مالِهِ، حيثُ يَصحُّ رَدُّهُ في غيرِ وَجهِهِ[3]؛ لأنَّه لا ضَرَرَ هناك؛ لأنَّه حيٌّ قادرٌ على التَّصرُّفِ بنفسِهِ

(فإنْ رَدَّها في وَجهِهِ فهو رَدٌّ)؛ لأنَّه ليس للمُوصِي وِلايةُ إلزامِهِ التَّصرُّفَ، ولا غُرورَ فيه؛ لأنَّه يُمكِنُه أن يُنيبَ غيرَهُ.

(وإنْ لم يَقبَلْ ولم يَرُدَّ حتَّى ماتَ المُوصِي فهو بالخيار: إن شاءَ قَبِلَ، وإنْ شاءَ لم يَقبَلْ)؛ لأنَّ المُوصِي ليس له وِلايةُ الإلزامِ، فَبَقِيَ مُخيَّراً.

فلو أنَّه باعَ شيئاً من تَركتِهِ فقد لَزِمَتْهُ؛ لأنَّ ذلك دِلالةَ الالتزامِ والقَبولِ، وهو مُعتَبَرٌ بعدَ الموتِ، ويَنفُذُ البيعُ لِصُدورِهِ مِنَ الوَصيِّ، وسواءٌ عَلِمَ بالوِصايةِ أو لم يعلم.

بخلافِ الوكيلِ إذا لم يَعلَمْ بالتَّوكيلِ، فباعَ حيثُ لا يَنفُذُ؛ لأنَّ الوِصايةَ خِلافةٌ، لأنَّه يَختَصُّ بحالِ انقطاعِ وِلايةِ المَيِّتِ، فَتَنتَقِلُ الوِلايةُ إليه، وإذا كانت خِلافةً

---

(١) أي: جَعلَه وصيّاً.

(٢) أي: بغير علمِ المُوصي.

(٣) أي: في غيبتِهِ وبغيرِ علمِهِ.

وإنْ لم يَقبَلْ حتَّى ماتَ المُوصِي فقال: «لا أقبَلُ»، ثمَّ قال: «أقبَلُ»، فلَهُ ذلكَ إنْ لم يَكنِ القاضي أخرَجَهُ مِنَ الوَصيَّةِ حينَ قال: «لا أقبَلُ». ومَنْ أوصى إلى عَبدٍ أو كافرٍ أو فاسِقٍ، أخرَجَهُم القاضي عن الوِصايةِ ونَصَبَ غيرَهُم. ....

لا تَتوَقَّفُ على العِلمِ، كالوراثة.

أمَّا التَّوكيلُ فهو إنابةٌ لِثُبوتِهِ في حالِ قيامِ وِلايةِ المُنيبِ، فلا يصحُّ من غيرِ عِلمِهِ، كإثباتِ المِلكِ بالبيعِ والشِّراءِ، وقد بيَّنَّا طريقَ العلمِ وشَرْطَ الإخبارِ فيما تقدَّمَ من الكتب.

(وإنْ لم يَقبَلْ حتَّى ماتَ المُوصِي فقال: «لا أقبَلُ»، ثمَّ قال: «أقبَلُ» فلَهُ ذلكَ إنْ لم يَكنِ القاضي أخرَجَهُ مِنَ الوَصيَّةِ حينَ قال: «لا أقبَلُ»)؛ لأنَّ بِمُجرَّدِ قولِهِ: «لا أقبَلُ» لا يَبطُلُ الإيصاءُ؛ لأنَّ في إبطالِهِ ضَرراً بالميِّتِ، وضررُ الوَصيِّ في الإبقاءِ مَجبورٌ بالثَّوابِ، ودَفعُ الأوَّلِ - وهو أعلى - أولى.

إلَّا أنَّ القاضي إذا أخرَجَهُ عن الوِصايةِ يَصحُّ ذلك؛ لأنَّه مُجتَهَدٌ فيه، إذْ للقاضي وِلايةُ دَفعِ الضَّررِ، وربَّما يَعجَزُ[1] عن ذلك، فَيَتضرَّرُ ببقاءِ الوصايةِ، فيدفعُ القاضي الضَّررَ عنه، ويُنصِّبُ حافظاً لمالِ الميِّتِ مُتصرِّفاً فيه، فيندفعُ الضَّررُ من الجانبين، فلهذا يَنفُذُ إخراجُهُ.

فلو قال بعد إخراجِ القاضي إيَّاه: «أقبَلُ» لم يُلتَفتْ إليه؛ لأنَّه قَبِلَ بعدَ بُطلانِ الوِصايةِ بإبطالِ القاضي.

قال: (ومَنْ أوصى إلى عَبدٍ أو كافرٍ أو فاسِقٍ، أخرَجَهُم القاضي عن الوِصايةِ ونَصَبَ غيرَهُم)، وهذا اللَّفظُ يُشيرُ إلى صِحَّةِ الوصيَّةِ؛ لأنَّ الإخراجَ يكون بعدها.

وذَكَرَ محمد في الأصل أنَّ الوصيَّةَ باطلةٌ.

---

(١) أي: الوصيُّ.

وَمَنْ أوصى إلى عَبدِ نَفسِهِ وفي الوَرَثةِ كبارٌ، لم تَصِحَّ الوصيَّةُ. ....

قيل: معناه[1] في جميعِ هذه الصُّورِ أنَّ الوصيَّةَ سَتَبطُلُ، وقيل: معناه في العبدِ باطلٌ حقيقةً؛ لِعَدَم وِلايتِهِ واستبدادِهِ، وفي غيرِهِ معناهُ سَتَبطُلُ، وقيل: في الكافرِ باطلٌ أيضاً لِعَدَمِ وِلايتِهِ على المسلم.

ووجهُ الصِّحَّةِ ثمَّ الإخراجِ: أنَّ أصلَ النَّظَرِ ثابتٌ لِقُدرةِ العبدِ حقيقةً، وولايةِ الفاسِقِ[2] على أصلنا، وولايةِ الكافرِ في الجملةِ[3]، إلَّا أنَّه لم يتمَّ النَّظرُ لِتَوقُّفِ ولايةِ العبدِ على إجازةِ المولى، وتَمكُّنِهِ من الحَجرِ بعدَها، والمُعاداةِ الدِّينيَّةِ الباعثةِ للكافرِ على تَركِ النَّظرِ في حقِّ المسلم، واتِّهامِ الفاسِقِ بالخيانةِ، فَيُخرِجُهُ القاضي من الوِصايةِ ويُقيمُ غيرَهُ مَقامَهُ إتماماً للنَّظر.

وشَرَطَ في الأصل أنْ يكونَ الفاسِقُ مَخُوفاً عليه في المال، وهذا يَصلُحُ عُذراً في إخراجِهِ وتبديلِهِ بِغَيرِهِ.

قال: (وَمَنْ أوصى إلى عَبدِ نَفسِهِ وفي الوَرَثةِ كبارٌ، لم تَصِحَّ الوصيَّةُ)؛ لأنَّ للكبيرِ أن يَمنَعَهُ، أو يَبيعَ نَصيبَهُ[4] فَيمنَعَهُ المُشتري، فَيَعجَزُ عن الوفاءِ بحقِّ الوِصايةِ، فلا يُفيدُ فائدتَهُ، وإن كانوا صغاراً كلُّهم فالوصيَّةُ إليه جائزةٌ عند أبي حنيفة، ولا تجوزُ عندهما، وهو القياس. وقيل: قولُ محمَّدٍ مُضطَّرِبٌ، يُروَى مرَّةً مع أبي حنيفة، وتارةً مع أبي يوسف.

وجهُ القياس: أنَّ الوِلايةَ مُنعدِمةٌ لِما أنَّ الرِّقَّ يُنافيها، ولأنَّ فيه إثباتَ الوِلايةِ للمملوكِ على المالك، وهذا قَلْبُ المَشروعِ، ولأنَّ الولايةَ الصَّادرةَ من الأبِ

---

(١) أي: معنى قول محمد: «الوصيَّةُ باطلة».

(٢) حتَّى ينعقدُ النِّكاحُ بحضوره. بناية.

(٣) أي: لولاية الكافر على المسلم في الجملةِ، وهو ما إذا اشترى عبداً مسلماً، فإنَّه يصحُّ شراؤه، ويثبتُ له الملكُ فيه، والولايةُ عليه، إلَّا أنَّه يُجبَرُ على البيعِ، والجبرُ على البيعِ لا يُشعِرُ بعدم الولاية. لكنوي

(٤) أي: أو يبيع الكبيرُ نصيبَهُ من العبد، فيمنع المشتري العبدَ من القيامِ بالوصاية.

وَمَنْ يَعجَزُ عن القيامِ بالوَصيَّةِ ضَمَّ إليه القاضي غَيْرَهُ. ....

لا تتجزَّأ، وفي اعتبارِ هذه[1] تَجزِئتُها؛ لأنَّه لا يَملِكُ بيعَ رَقبتِهِ، وهذا نقضُ الموضوع[2].

وله: أنَّه مُخاطَبٌ مُستبِدٌّ بالتَّصرُّفِ، فيكونُ أهلاً للوصايةِ، وليس لأحدٍ عليه ولايةٌ، فإنَّ الصِّغارَ - وإن كانوا مُلاكاً - ليس لهم وِلايةُ المَنعِ، فلا منافاةَ، وإيصاءُ المَولى إليه يُؤذِنُ بكونِهِ ناظراً لهم، وصار كالمكاتَبِ، والوِصايةُ قد تتجزَّأ على ما هو المَرويُّ عن أبي حنيفة، أو نقول: يُصارُ إليه[3] كي لا يُؤدِّي إلى إبطالِ أصلِهِ[4]، وتَغييرُ الوصفِ لِتَصحيحِ الأصلِ أولى[5].

قال: (وَمَنْ يَعجَزُ عن القيامِ بالوَصيَّةِ ضَمَّ إليه القاضي غَيْرَهُ) رعايةً لِحَقِّ المُوصِي والورثةِ، وهذا لأنَّ تكميلَ النَّظرِ يَحصُلُ بضمِّ الآخَرِ إليه لصيانتِهِ ونَقصِ كفايتِهِ، فيتمُّ النَّظرُ بإعانةِ غَيرِهِ.

ولو شَكا إليه الوَصيُّ ذلك[6] لا يُجيبُهُ حتَّى يَعرِفَ ذلك حقيقةً؛ لأنَّ الشَّاكي قد يكونُ كاذباً تخفيفاً على نفسِهِ، وإذا ظَهَرَ عند القاضي عَجْزُهُ أصلاً استَبدَلَ به رعايةً للنَّظَرِ من الجانبين.

ولو كان قادراً على التَّصرُّفِ أميناً فيه، ليس للقاضي أن يُخرِجَه؛ لأنَّه لو اختار غيرَهُ كان دونَهُ؛ لِما أنَّه كان مُختارَ الميِّتِ ومَرضِيَّهُ، فإبقاؤُهُ أولى، ولهذا قُدِّمَ

---

(١) أي: هذه الوصيَّةُ، وهي وصيَّةُ عبدِهِ على الورثةِ الصِّغار. عناية.

(٢) لأنَّ الوصيَّ إنَّما يَملِكُ الوِلايةَ من المُوصِي، وولايتُهُ لا تَتجزَّأ، إذ لا يُقالُ وِلايتُهُ في بعضٍ دونَ بعضٍ، فلو ثبَتَ التَّجزِّي في ولايةِ الوصيِّ ثبَتَ في ولايةِ المُوصِي، لكنَّه غيرُ مُتجزِّي، فكان عائداً على موضوعه بالنَّقض. عناية.

(٣) أي: إلى التَّجزُّئ.

(٤) أي: أصل هذا التَّصرُّفِ، وهو نَصبُ عبدِهِ وصيّاً على الصِّغار.

(٥) أي: أولى من إهدار الأصل - وهو التَصرف - بالكلِّيَّة.

(٦) أي: شكا الوصيُّ عجزَهُ للقاضي.

ومَنْ أوصى إلى اثنَينِ لم يكنْ لأحَدِهما أنْ يَتَصَرَّفَ عند أبي حنيفة ومحمَّدٍ دونَ صاحِبِهِ، وقال أبوسف: «يَنفرِدُ كلُّ واحدٍ منهما بالتَّصرُّفِ في جميعِ الأشياء» ....

على أبي المَيِّتِ مع وُفورِ شَفَقتِهِ، فأولى أن يُقدَّمَ على غيرِهِ.

وكذا إذا شكا الوَرثةُ أو بعضُهُم الوَصيَّ إلى القاضي، فإنَّه لا ينبغي له أن يَعزِلَهُ حتَّى يَبدُوَ له منه خِيانةٌ؛ لأنَّه استفادَ الوِلايةَ من الميِّتِ، غيرَ أنَّه إذا ظَهَرَتِ الخيانةُ فالميِّتُ إنَّما نَصبَهُ وصيّاً لأمانَتِهِ، وقد فاتَتْ، ولو كان في الأحياءِ لأخرَجَهُ منها، فعند عَجزِهِ يَنوبُ القاضي مَنابَهُ كأنَّه لا وصيَّ له.

قال: (ومَنْ أوصى إلى اثنَينِ لم يكنْ لأحَدِهما أنْ يَتَصرَّفَ عند أبي حنيفة ومحمَّدٍ دونَ صاحِبِهِ)، إلَّا في أشياءَ معدُودةٍ، نبيِّنُها إن شاء الله تعالى.

(وقال أبو يوسف: يَنفرِدُ كلُّ واحدٍ منهما بالتَّصرُّفِ في جَميعِ الأشياءِ)؛ لأنَّ الوِصايةَ سَبيلُها الوِلايةُ، وهي وَصفٌ شرعيٌّ لا يَتجزَّأُ، فَيَثبُتُ لكلٍّ منهما كَمَلاً، كولاية الإنكاحِ للأخَوَينِ.

وهذا لأنَّ الوِصايةَ خِلافةٌ، وإنَّما تتحقَّقُ إذا انتقَلَتِ الولايةُ إليه على الوجه الذي كان ثابتاً لِلمُوصِي، وقد كان بِوَصفِ الكمالِ، ولأنَّ اختيارَ الأبِ إيَّاهما يُؤذِنُ باختصاصِ كلٍّ واحدٍ منهما بالشَّفَقَةِ، فَيُنزَّلَ ذلك مَنزِلةَ قَرابةِ كلِّ واحدٍ منهما.

ولهما: أنَّ الوِلايةَ تَثبُتُ بالتَّفويضِ، فَيُراعَى وَصْفُ التَّفويضِ، وهو وَصفُ الاجتماعِ، إذ هو شَرْطٌ مُفيدٌ، وما رضيَ المُوصِي إلَّا بالمُثنَّى، وليس الواحدُ كالمُثنَّى.

بخلافِ الأخَوَينِ في الإنكاحِ؛ لأنَّ السَّببَ هنالك القَرابةُ، وقد قامت بكلٍّ منهما كَمَلاً، ولأنَّ الإنكاحَ حقٌّ مُستَحَقٌّ لها على الوليِّ، حتَّى لو طالبَتْهُ بإنكاحِها مِنْ كُفْؤٍ يَخطُبُها يَجِبُ عليه، وهاهنا حقُّ التَّصرُّفِ للوَصيِّ، ولهذا يَبقَى مُخيَّراً في التَّصرُّفِ،

إلَّا في شِراءِ كَفَنِ المَيِّتِ وتَجهيزِهِ، وطَعامِ الصِّغارِ وكِسوَتِهِم، ورَدِّ الوَديعةِ بِعَينِها، ورَدِّ المَغصوبِ والمُشتَرَى شِراءً فاسداً، وحِفْظِ الأموالِ، وقَضاءِ الدُّيونِ، ......

ففي الأَوَّل[1] أوفى حقّاً على صاحِبِهِ فَصَحَّ، وفي الثَّاني[2] استَوْفَى حقّاً لصاحِبِه[3]، فلا يصحُّ.

أصلُهُ الدَّينُ الذي عليهما ولهما[4]، بخلافِ الأشياءِ المَعدودةِ؛ لأنَّها من بابِ الضَّرورةِ لا من باب الولاية، ومواضعُ الضَّرورةِ مُستثناةٌ أبداً، وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال:

- (إلَّا في شِراءِ كَفَنِ المَيِّتِ وتَجهِيزِهِ)؛ لأنَّ في التَّأخيرِ فسادَ المَيِّتِ، ولهذا يَملِكُهُ الجِيرانُ عند ذلك[5].
- (وطَعامِ الصِّغارِ وكِسوَتِهِم)؛ لأنَّه يَخافُ مَوتَهَم جُوعاً وعُرِيَّاً.
- (ورَدِّ الوَديعةِ بِعَينِها).
- (ورَدِّ المَغصوبِ والمُشتَرَى شِراءً فاسداً).
- (وحِفْظِ الأموالِ).
- (وقَضاءِ الدُّيونِ)؛ لأنَّها[6] ليست من بابِ الولايةِ[7]، فإنَّه يَملِكُهُ المالكُ، وصاحبُ الدَّينِ إذا ظَفِرَ بِجِنسِ حقِّهِ، وحِفظُ المالِ يَملِكُهُ مَن يَقَعُ في يدِهِ، فكان من باب الإعانة، ولأنَّه لا يَحتاجُ فيه إلى الرَّأي.

(١) أي: في الإنكاح من أحد الأخوين.

(٢) أي: في الوصاية.

(٣) أي: استوفى أحدُ الأوصياءِ حقاً لصاحبه.

(٤) أي: أصل هذه المسألة لو كان دينٌ على رجلين، فأدَّى أحدُهما ما على الآخَرِ صحَّ، وإن كان لهما دينٌ فاستوفى أحدُهُما نصيبَ الآخر لا يصحُّ.

(٥) أي: إشرافِ الميِّتِ على الفسادِ بسبب التأخير. بناية.

(٦) أي: الأربعة الأخيرة.

(٧) أي: ليست من الولاية المستفادَةِ من الموصي. بناية.

وتَنفيذِ وَصيَّةٍ بِعَينِها، وعِتْقِ عَبدٍ بِعَينِهِ والخُصومةِ في حَقِّ المَيِّتِ، وقَبولِ الهِبَةِ وبَيعِ ما يُخشَى عليه التَّوَى والتَّلَفُ، وجَمعِ الأموالِ الضَّائعةِ. ....

- (وتَنفيذِ وَصيَّةٍ بِعَينِها، وعِتْقِ عَبدٍ بِعَينِهِ)؛ لأنَّه لا يَحتاجُ فيه إلى الرَّأيِ.

- (والخُصومةِ في حَقِّ المَيِّتِ)؛ لأنَّ الاجتماعَ فيها مُتعذِّرٌ، ولهذا يَنفرِدُ بها أحَدُ الوَكِيلَين.

- (وقَبولِ الهِبَةِ)؛ لأنَّ في التَّأخيرِ خِيفةَ الفَواتِ، ولأنَّه تَملِكُه الأُمُّ والذي في حِجْرِهِ، فلم يكنْ من بابِ الولايةِ.

- (وبَيعِ ما يُخشَى عليه التَّوَى والتَّلَفُ)؛ لأنَّ فيه ضَرورةً لا تَخفى.

- (وجَمعِ الأموالِ الضَّائعةِ)؛ لأنَّ في التَّأخيرِ خَشيةَ الفَواتِ، ولأنَّه يَملِكُهُ كلُّ مَنْ وَقَعَ في يدِهِ، فلم يكن من باب الولاية.

وفي الجامع الصغير: «وليس لأحدِ الوَصيَّينِ أن يَبيعَ ويَتقاضَى»، والمرادُ بالتَّقاضي الاقتضاءُ[1]، كذا كان المرادُ منه في عُرفِهِم[2]، وهذا لأنَّه رضي بأمانَتِهما جميعاً في القبضِ، ولأنَّه في معنى المبادَلَةِ لا سيَّما عند اختلافِ الجنسِ على ما عُرِف، فكان من باب الولايةِ.

ولو أوصى إلى كلٍّ واحدٍ على الانفرادِ، قيل: يَنفرِدُ كلُّ واحدٍ منهما بالتَّصرُّف، بمنزلةِ الوكيلَيْنِ إذا وَكَّلَ كلَّ واحدٍ على الانفراد، وهذا لأنَّه لمَّا أفرَدَ فقد رضي برأيِ الواحدِ.

وقيل: الخِلافُ في الفَصلَينِ واحدٌ، وهُوَ الأصحُّ؛ لأنَّ وُجوبَ الوصيَّةِ عندَ الموتِ، بخلافِ الوكيلَينِ؛ لأنَّ الوكالةَ تَتعاقَبُ، فإنْ ماتَ أحَدُهما جَعَلَ القاضي مكانَهُ وصيّاً آخَرَ.

---

(١) أي: القبض.

(٢) أي: في عرف أهل الكوفة.

أَمَّا عندهما: فلأنَّ الباقي عاجزٌ عن التَّفرُّدِ بالتَّصرُّفِ، فَيَضُمُّ القاضي إليه وصيّاً آخَرَ نظَراً للميِّت عند عَجزِهِ.

وعند أبي يوسف: الحيُّ منهما وإن كان يَقدِرُ على التَّصرُّفِ، فالمُوصِي قَصَدَ أن يَخلُفَه مُتصرِّفاً في حُقوقِهِ، وذلك مُمكِنُ التَّحقُّقِ بِنَصبِ وَصيٍّ آخَرَ مكانَ الميِّت.

ولو أنَّ الميِّتَ منهما أوصى إلى الحَيِّ، فَلِلحَيِّ أن يَتصرَّفَ وحدَهُ في ظاهرِ الرِّوايةِ، بمنزلةِ ما إذا أوصى إلى شَخصٍ آخَرَ، ولا يحتاجُ القاضي إلى نَصبِ وَصيٍّ آخَرَ؛ لأنَّ رأيَ الميِّتِ باقٍ حُكماً برأيِ مَنْ يُخلُفُه.

وعن أبي حنيفة: أنَّه لا يَنفرِدُ بالتَّصرُّفِ؛ لأنَّ المُوصِيَ ما رضي بِتَصرُّفِهِ وَحْدَه، بخلافِ ما إذا أوصى إلى غيرِهِ؛ لأنَّه يُنفِّذُ تَصرُّفَه برأيِ المُثنَّى كما رضيه المُتوفَّى.

وإذا مات الوصيُّ وأوصى إلى آخَرَ فهو وَصيُّهُ في تَركتِهِ وتَركةِ الميِّتِ الأوَّلِ عندنا.

وقال الشَّافعيُّ[1]: لا يكونُ وصيّاً في تركةِ الميِّتِ الأوَّلِ اعتباراً بالتَّوكيلِ في حالةِ الحياةِ، والجامعُ بينهما أنَّه رَضِي برأيِهِ لا بِرَأيِ غيرِهِ.

ولنا: أنَّ الوصيَّ يتصرَّفُ بولايةٍ مُنتَقِلَةٍ إليه، فَيَملِكُ الإيصاءَ إلى غيرِهِ، كالجدِّ؛ ألا يُرى أنَّ الولايةَ التي كانت ثابتةً لِلمُوصِي تَنتقِلُ إلى الوصيِّ في المالِ، وإلى الجدِّ في النَّفسِ[2].

---

(١) انظر روضة الطالبين (٦/ ٣١٤) ط المكتب الإسلامي.

(٢) يعني: إذا ماتَ الأبُ كانت ولايةُ تزويجِ الصِّغار واستيفاءِ القِصاص للجدِّ، فكذا الوصيُّ فيما انتقل إليه؛ لأنَّه خَلَفٌ عن الأوَّلِ، وباعتبار هذه الخلافةِ يُجعَلُ الأوَّلُ قائماً حكماً، والخَلَفُ يَعمَلُ عَمَلَ الأصلِ عند عَدَمِ الأصل. عناية

ومُقاسَمَةُ الوَصيِّ المُوصَى له عن الوَرثةِ جائزةٌ، ومُقاسَمَتُهُ الوَرَثَةَ عنِ المُوصَى له باطلةٌ، ....

ثمَّ الجدُّ قائمٌ مَقامَ الأبِ فيما انتقل إليه، فكذا الوصيُّ، وهذا لأنَّ الإيصاءَ إقامةُ غيرِهِ مَقامَهُ فيما له وِلايتُهُ، وعند الموتِ كانت له ولايةٌ في التَّركِتَينِ فَيُنزَّل الثَّاني مَنزلَتَه فيهما.

ولأنَّه لمَّا استعان به في ذلك مع عِلمِهِ أنَّه قد تعتريهِ المَنيَّةُ قبلَ تَتمِيمِ مَقصودِهِ بنفسِهِ، وهو تَلافي ما فَرَطَ منه، صار راضياً بإيصائِهِ إلى غيره.

بخلاف الوكيلِ لأنَّ المُوكِّلَ حيٌّ يُمكِنُه أن يُحصِّلَ مَقصودَهُ بنفسِهِ، فلا يرضى بتوكيلِ غيرِهِ والإيصاءِ إليه.

قال: (ومُقاسَمَةُ الوَصيِّ المُوصَى له عن الوَرثةِ جائزةٌ، ومُقاسَمَتُهُ الوَرَثَةَ عنِ المُوصَى له باطلةٌ)؛ لأنَّ الوارثَ خليفةُ المَيِّتِ، حتَّى يَرُدُّ بالعيبِ ويُرَدُّ عليه به، ويَصيرُ مَغروراً بشراءِ المُورِّثِ، والوصيُّ خليفةُ الميِّتِ أيضاً، فيكونُ خَصماً عن الوارِثِ إذا كان غائباً، فصحَّتْ قِسمتُهُ عليه، حتَّى لو حَضَرَ وقد هَلَكَ ما في يد الوَصيِّ ليس له أن يُشارِكَ المُوصَى له.

أمَّا المُوصَى له فليس بخليفةٍ عن الميِّتِ من كلِّ وجهٍ؛ لأنَّه مَلَكَه بسببٍ جديدٍ، ولهذا لا يَرُدُّ بالعيبِ ولا يُرَدُّ عليه، ولا يصيرُ مَغروراً بشراءِ المُوصِي، فلا يكونُ الوصيُّ خليفةً عنه عند غَيبَتِهِ، حتَّى لو هَلَكَ ما أُفرِزَ له عندَ الوصيِّ كان له ثُلُثُ ما بقي؛ لأنَّ القسمةَ لم تَنفُذْ عليه، غيرَ أنَّ الوصيَّ لا يَضمَنُ لأنَّه أمينٌ فيه، وله ولايةُ الحِفْظِ في التَّركةِ، فصارَ كما إذا هَلَكَ بعضُ التَّركةِ قبلَ القسمةِ، فيكونُ له ثُلُثُ الباقي؛ لأنَّ المُوصَى له شريكُ الوارِثِ، فَيَتْوَى ما تَوِيَ من المالِ المُشتَرَكِ على الشَّركةِ، ويبقى ما بقي على الشَّركة.

فإنْ قاسَمَ الوَرَثَةَ وأخَذَ نَصيبَ المُوصَى له فَضاعَ، رَجَعَ المُوصى له بِثُلُثِ ما بَقِيَ، وإنْ كان الميِّتُ أوصى بِحَجَّةٍ، فَقاسَمَ في الوَرَثَةِ، فَهَلَكَ ما في يدِهِ، حَجَّ عن الميِّتِ من ثُلُثِ ما بقي، وكذلك إن دَفَعَه إلى رَجلٍ لِيَحجَّ عنه فضاعَ في يدِهِ. ....

قال: (فإنْ قاسَمَ[1] الوَرَثَةَ وأخَذَ نَصيبَ المُوصَى له فَضاعَ، رَجَعَ المُوصى له[2] بِثُلُثِ ما بَقِيَ) لِما بيَّنَّا.

قال: (وإنْ كان الميِّتُ أوصى بِحَجَّةٍ، فَقاسَمَ في الوَرَثَةِ، فَهَلَكَ ما في يدِهِ، حَجَّ عن الميِّتِ من ثُلُثِ ما بقي[3]، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع في يده).

وقال أبو يوسف: إن كان مُستَغرِقاً للثُّلُثِ لم يَرجِع بشيءٍ، وإلَّا يَرجِع بِتَمامِ الثُّلُث.

وقال محمد: لا يرجِعُ بشيءٍ؛ لأنَّ القِسمةَ حقُّ المُوصِي، ولو أَفرزَ المُوصي بنفسِهِ مالاً لِيُحَجَّ عنه فهَلَكَ لا يَلزَمُهُ شيءٌ وبطَلَتِ الوصيَّةُ، فكذا إذا أفرَزَهُ وصيُّهُ الذي قام مَقامه.

ولأبي يوسف: أنَّ محَلَّ الوصيَّةِ الثُّلُثُ، فيجبُ تَنفيذُها ما بقي مَحلُّها، وإذا لم يَبْقَ بطَلَتْ لِفَواتِ محلِّها.

ولأبي حنيفة: أنَّ القِسمةَ لا تُرادُ لِذاتِها بل لِمَقصودِها - وهو تأديةُ الحجِّ - فلم تُعتَبَرْ دونَهُ، وصار كما إذا هَلَكَ قبلَ القسمةِ، فَيَحجُّ بثلثِ ما بقي، ولأنَّ تمامَها بالتَّسليمِ إلى الجهةِ المُسمَّاةِ، إذ لا قابِضَ لها، فإذا لم يُصرَفْ إلى ذلك الوجهِ لم يتمَّ، فصار كهلاكِهِ قبلها.

---

(١) أي: الوصيُّ.

(٢) رجع على الورثة.

(٣) رجلٌ مات وترَكَ أربعةَ آلافِ درهم، وأوصى أن يُحَجَّ عنه، وكان مِقدارُ الحجِّ ألفَ درهم، فأخَذَ الوصيُّ ألفاً ودَفَعَها إلى الذي يَحُجُّ عنه فَسُرِقت في الطَّريق، قال أبو حنيفة: يُؤخَذُ ثُلُثُ ما بقي من التَّركةِ، وهو ألفُ درهمٍ، فإن سُرِقَتْ ثانياً يُؤخَذُ ثُلُثُ ما بقي مرَّةً أخرى هكذا. عناية.

وَمَنْ أوصى بِثُلُثِ ألفِ دِرهَمٍ، فَدَفَعَها الوَرَثَةُ إلى القاضي، فَقَسَمَها والمُوصَى له غائبٌ، فَقِسمَتُهُ جائزةٌ. وإذا باعَ الوصيُّ عبداً من التَّركةِ بِغَيرِ مَحضَرٍ مِنَ الغُرَماءِ، فهو جائزٌ. ....

قال: (وَمَنْ أوصى بِثُلُثِ ألفِ دِرهَمٍ، فَدَفَعَها الوَرَثَةُ إلى القاضي، فَقَسَمَها والمُوصَى له غائبٌ، فَقِسمَتُهُ جائزةٌ)؛ لأنَّ الوصيَّةَ صحيحةٌ، ولهذا لو ماتَ المُوصَى له قبلَ القَبولِ تصيرُ الوصيَّةُ مِيراثاً لِوَرثَتِهِ، والقاضي نُصِّبَ ناظراً لا سيَّما في حقِّ المَوتَى والغُيَّبِ، ومن النَّظرِ إفرازُ نَصيبِ الغائبِ وقبضُهُ، فنَفَذَ ذلك وصَحَّ، حتَّى لو حضَرَ الغائبُ وقد هَلَكَ المقبوضُ، لم يكن له على الورثةِ سبيل.

قال: (وإذا باعَ الوصيُّ عبداً من التَّركةِ بِغَيرِ مَحضَرٍ مِنَ الغُرَماءِ، فهو جائزٌ)؛ لأنَّ الوصيَّ قائمٌ مَقامَ المُوصِي، ولو تَولَّى حيّاً بنفسِهِ يجوزُ بيعُهُ بغيرِ مَحضَرٍ من الغُرَماءِ وإنْ[١] كان في مَرَضِ مَوتِهِ، فكذا إذا تولَّاهُ مَنْ قام مَقامَهُ، وهذا لأنَّ حقَّ الغُرَماءِ مُتعلِّقٌ بالماليَّةِ لا بالصُّورةِ، والبيعُ لا يُبطِلُ الماليَّةَ لِفَواتِها إلى خَلَفٍ وهو الثَّمن.

بخلاف العبدِ المديونِ[٢]؛ لأنَّ للغُرماءِ حقَّ الاستسعاءِ، وأمَّا هاهنا[٣] فبخلافِهِ[٤].

(١) «إنْ» هنا وصليَّةٌ.

(٢) أي: بخلافِ العبدِ المأذونِ المديونِ، حيثُ لا يبيعُهُ مولاه ولا وصيُّهُ بغير محضَرٍ من الغُرماءِ؛ لأنَّ لهم حقَّ الاستسعاءِ حتَّى يأخذوا كسبَهُ، فيكون البيعُ مبطِلاً لحقِّهم، فلهم أن يُبطِلوا البيعَ. بناية.

(٣) أي: في بيعِ المولى بغيرِ محضَرٍ من الغُرماءِ. بناية.

(٤) أي: بخلاف ما ذُكِر فيما قبله؛ لأنَّ فيه يجوزُ، وهنا لا يجوزُ، سواءٌ كان بيعُ الوصيِّ بمحضَرِهم أو بغيرِ مَحضَرِهم. بناية.

وَمَنْ أوصى بأنْ يُباعَ عَبدُهُ ويُتَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ على المساكينِ، فَباعَهُ الوَصيُّ وقَبَضَ الثَّمَنَ، فضاعَ في يَدِهِ، فاستُحِقَّ العبدُ، ضَمِنَ الوَصيُّ، ويَرجِعُ فيما تَرَكَ المَيِّتُ.

قال: (وَمَنْ أوصى بأنْ يُباعَ عَبدُهُ ويُتَصَدَّقَ بِثَمَنِهِ على المساكينِ، فَباعَهُ الوَصيُّ وقَبَضَ الثَّمَنَ، فضاعَ في يَدِهِ، فاستُحِقَّ العبدُ، ضَمِنَ الوَصيُّ)؛ لأنَّه هو العاقدُ فتكونُ العُهدَةُ عليه، وهذه عُهدةٌ لأنَّ المُشتري منه ما رضي بِبَذلِ الثَّمنِ إلَّا لِيَسلَمَ له المَبيعُ، ولم يَسْلَمْ فقد أخَذَ الوصيُّ البائعُ مالَ الغيرِ بغيرِ رِضاهُ، فيجبُ عليه ردُّهُ. قال: (ويَرجِعُ[1] فيما تَرَكَ المَيِّتُ)؛ لأنَّه عاملٌ له فَيَرجِعُ عليه كالوكيل[2].

وكان أبو حنيفة يقول أوَّلاً: لا يَرجِعُ؛ لأنَّه ضَمِنَهُ بِقَبضِهِ، ثمَّ رَجَعَ إلى ما ذكرنا، ويَرجِعُ في جميعِ التَّركةِ.

وعن محمد: أنَّه يرجعُ في الثُّلُثِ؛ لأنَّ الرُّجوعَ بِحُكمِ الوصيَّةِ[3] فأخَذَ حُكمَها، ومَحَلُّ الوصيَّةِ الثُّلُث.

وجهُ الظَّاهر: أنَّه يَرجِعُ عليه بِحُكمِ الغُرُورِ[4]، وذلك دَيْنٌ عليه، والدَّينُ يُقضَى من جميعِ التَّركةِ.

بخلاف القاضي أو أمينِهِ إذا تولَّى البيعَ حيثُ لا عُهدَةَ عليه؛ لأنَّ في إلزامِها القاضي تَعطيلَ القضاءِ؛ إذْ يَتحامَى عن تَقلُّدِ هذه الأمانةِ حَذَراً عن لُزُومِ الغَرامةِ، فَتَتَعطَّلُ مَصلَحَةُ العامَّةِ، وأمينُهُ[5] سفيرٌ عنه كالرَّسول، ولا كذلك الوصيُّ؛

---

(١) أي: بما ضَمِنَ. لكنوي

(٢) أي: فإنَّه يرجع على الموكِّلِ فيما ضمنه.

(٣) أي: لأنَّ البيعَ كان لتنفيذِ الوصيَّةِ، فكان حُكمُهُ حكمَ الوصيَّةِ، والوصيَّةُ تَنفُذُ من الثُّلُثِ. عناية.

(٤) أي: بِحُكمِ أنَّ الميِّتَ غرَّهُ بقوله: «هذا مِلكي» فإنَّه لمَّا أمَرَه ببيعِهِ والتَّصدُّقِ بثمَنِهِ، كان قائلاً: هذا العبدُ مِلكي، فكان الوصيُّ مَغروراً من جهتِهِ، فكان ذلك الضَّمانُ ديناً على الميِّتِ، والدَّينُ يُقضَى من جميعِ التَّركةِ. عناية.

(٥) أي: أمين القاضي. بناية.

وإنْ قَسَمَ الوَصيُّ المِيراثَ فأصابَ صغيراً من الوَرَثَةِ عبدٌ، فَباعَهُ وقَبَضَ الثَّمَنَ، فَهَلَكَ واستُحِقَّ العبدُ، رَجَعَ في مالِ الصَّغيرِ. وإذا احتالَ الوَصيُّ بِمالِ اليَتيمِ، فإنْ كان خيراً لِليَتيمِ جازَ. ولا يَجوزُ بَيْعُ الوصيِّ ولا شِراؤُهُ إلَّا بِما يَتَغابَنُ النَّاسُ في مِثلِهِ.

لأنَّه بمنزلةِ الوكيلِ، وقد مرَّ في كتاب القضاء[1].

فإن كانتِ التَّرِكَةُ قد هَلَكَت، أو لم يكن بها وفاءٌ، لم يرجعْ بشيءٍ[2]، كما إذا كان على الميِّتِ دَينٌ آخَرُ.

قال: (وإنْ قَسَمَ الوَصيُّ المِيراثَ فأصابَ صغيراً من الوَرَثَةِ عبدٌ، فَباعَهُ وقَبَضَ الثَّمَنَ، فَهَلَكَ واستُحِقَّ العبدُ، رَجَعَ في مالِ الصَّغيرِ)؛ لأنَّه عاملٌ له، ويرجعُ الصَّغيرُ على الورثةِ بِحِصَّتِهِ؛ لانتقاضِ القسمةِ باستحقاقِ ما أصابه.

قال: (وإذا احتالَ الوَصيُّ بِمالِ اليَتيم، فإنْ كان خيراً لِليَتيم جازَ)، وهو أن يكونَ أملأَ، إذِ الولايةُ نَظرِيَّةٌ، وإنْ كانَ الأَوَّلُ أملأَ لا يجوزُ؛ لأنَّ فيه تَضييعَ مالِ اليتيمِ على بعضِ الوجوهِ.

قال: (ولا يَجوزُ بَيْعُ الوصيِّ ولا شِراؤُهُ إلَّا بِما يَتَغابَنُ النَّاسُ في مِثلِهِ)؛ لأنَّه لا نَظَرَ في الغَبْنِ الفاحِشِ، بخلافِ اليسيرِ؛ لأنَّه لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه، ففي اعتبارِهِ انسدادُ بابِهِ.

والصَّبيُّ المأذونُ والعبدُ المأذونُ والمُكاتَبُ يجوزُ بَيعُهُم وشِراؤهم بالغَبنِ الفاحشِ عند أبي حنيفة؛ لأنَّهم يَتصرَّفون بِحُكمِ المالكيَّةِ، والإذنُ فَكُّ الحَجْرِ، بخلافِ الوصيِّ؛ لأنَّه يَتصرَّفُ بِحُكمِ النِّيابةِ الشَّرعيَّةِ نظَراً، فيتقيَّدُ بِمَوضعِ النَّظرِ.

---

(1) يعني: في آخرِ فَصلِ القضاءِ بالمواريثِ، وهو قولُهُ: «وإذا باع القاضي أو أمينه عبداً للغرماء ...» إلخ.

(2) أي: لا على الورثةِ ولا على المساكينِ إن كان تَصدَّقَ عليهم؛ لأنَّ البيعَ لم يَقَعْ إلَّا للميِّتِ، فصار كما إذا كان على الميِّتِ دَينٌ آخَرُ. عناية.

وإذا كَتَبَ كتابَ الشِّراءِ على وَصِيٍّ، كَتَبَ كتابَ الوصيَّةِ على حِدَةٍ وكتابَ الشِّراءِ على حِدَةٍ. وبَيعُ الوَصيِّ على الكبيرِ الغائِبِ جائزٌ في كلِّ شيءٍ إلَّا في العَقارِ،

وعندهما: لا يَملِكونَهُ؛ لأنَّ التَّصرُّفَ بالفاحِشِ منه تبرُّعٌ لا ضرورةَ فيه، وهم ليسوا من أهلِهِ.

(وإذا كَتَبَ كتابَ الشِّراءِ على وَصِيٍّ، كَتَبَ كتابَ الوصيَّةِ على حِدَةٍ وكتابَ الشِّراءِ على حِدَةٍ)؛ لأنَّ ذلك أحوط. ولو كتَبَ جُملَةً عسى أن يكتبَ الشَّاهِدُ شهادَتَهُ في آخِرِهِ من غيرِ تفصيلٍ، فيصيرُ ذلك حَمْلاً له على الكذب.

ثمَّ قيل: يَكتُبُ «اشترى من فلانِ بنِ فلان»، ولا يكتُبْ «من فلانٍ وصيِّ فلانٍ» لِما بيَّنَّا[1].

وقيل: لا بأسَ بذلك؛ لأنَّ الوِصايةَ تُعلَمُ ظاهراً.

قال: (وبَيعُ الوَصيِّ على الكبيرِ[2] الغائِبِ[3] جائزٌ في كلِّ شيءٍ إلَّا في العَقارِ)؛ لأنَّ الأبَ يلي ما سِواهُ ولا يَليهِ[4]، فكذا وصيُّهُ فيه.

وكان القياسُ أن لا يَملِكَ الوصيُّ غيرَ العَقارِ أيضاً؛ لأنَّه لا يَملِكُهُ الأبُ

---

(١) إشارةٌ إلى قوله: «لأنَّ ذلك أحوط». عناية.

(٢) قيَّدَ بالكبير؛ لأنَّ الورثةَ إذا كانوا صغاراً جازَ للوصيِّ أن يَبيعَ من تَركةِ الميِّتِ العُروضَ والعقارَ على جوابِ السَّلفِ، سواءٌ كانوا حاضرين أو غُيَّباً.
وقال المتأخرون: إنَّما يجوزُ للوصيِّ بيعُ عَقارِ الصَّغيرِ إذا كان على الميِّتِ دينٌ لا وفاءَ له، إلا من ثَمَنِ العقارِ، أو يكونُ للصَّغير حاجةٌ لِثَمَنِ العقار، أو يرغبُ المشتري في شرائِهِ بضعفِ القيمة. عناية.

(٣) وقيَّد بالغيبة؛ لأنَّهم إذا كانوا حَضَروا ليس للوصيِّ التَّصرُّفُ في التَّركةِ أصلاً، لكن يَتَقاضى ديونَ الميِّتِ ويَقبِضُ حقوقَهُ ويدفَعُ إلى الورثةِ، إلَّا إذا كان على الميِّتِ دَينٌ أو أوصى بوصيَّةٍ، ولم يَقبِضِ الورثةُ الدُّيونَ ولم يُنفِّذوا الوصيَّةِ من مالِهِم، فإنَّه يبيعُ التَّركةَ كلَّها إن كان الدَّينُ مُحيطاً، أو بِمقدارِ الدَّينِ إنْ لم يُحِط. عناية.

(٤) أي: يلي ما سوى العقار، ولا يلي العقارَ.

ولا يَتَّجِرُ في المال، والوَصيُّ أحَقُّ بمالِ الصَّغيرِ مِنَ الجَدِّ، فإنْ لم يُوصِ الأبُ فَالجَدُّ بِمَنزلةِ الأبِ.

على الكبير، إلَّا أنَّا استحسناه لِما أنَّه حِفظٌ لِتَسارُعِ الفسادِ إليه، وحِفظُ الثَّمنِ أيسَرُ، وهو يَملِكُ الحِفظَ، أمَّا العقارُ فَمُحصَّنٌ بنفسِهِ.

قال: (ولا يَتَّجِرُ في المال)؛ لأنَّ المُفوَّض إليه الحِفظُ دونَ التِّجارة.

وقال أبو يوسف ومحمد: وصيُّ الأخِ في الصَّغيرِ والكبير الغائبِ بمنزلةِ وصيِّ الأبِ في الكبير الغائب، وكذا وصيُّ الأمِّ ووصيُّ العمِّ.

وهذا الجوابُ في تركةِ هؤلاءِ؛ لأنَّ وصيَّهم قائمٌ مَقامَهُم، وهم يَملِكُون ما يكونُ من باب الحِفْظ، فكذا وَصيُّهم.

قال: (والوَصيُّ أحَقُّ بمالِ الصَّغيرِ مِنَ الجَدِّ)، وقال الشَّافعيُّ[1]: الجَدُّ أحَقُّ؛ لأنَّ الشَّرعَ أقامَهُ مَقامَ الأبِ حالَ عَدَمِهِ حتَّى أَحرزَ الميراثَ، فَيُقدَّمُ على وصيِّه.

ولنا: أنَّ بالإيصاءِ تَنتَقِلُ وِلايةُ الأبِ إليه، فكانت وِلايتُهُ قائمةً معنىً فَيُقدَّمُ عليه، كالأبِ نفسِهِ، وهذا لأنَّ اختيارَهُ الوصيَّ مع علمِهِ بقيامِ الجَدِّ يدلُّ على أنَّ تَصرُّفَهُ أنظَرُ لِبَنيهِ من تَصرُّفِ أبيه.

(فإنْ لم يُوصِ الأبُ فَالجَدُّ بِمَنزلةِ الأبِ)؛ لأنَّه أقرَبُ النَّاسِ إليه وأشفَقُهُم عليه، حتَّى يَملِكَ الإنكاحَ دونَ الوصيِّ، غيرَ أنَّه يُقدَّمُ عليه وَصيُّ الأبِ في التَّصرُّفِ لِما بيَّنَّاه[2].

---

(١) قال النووي في روضة الطالبين (٥/ ٢٧٧): لا يجوزُ للأب نَصبُ الوصيِّ في حياةِ الجَدِّ على الصَّحيح، لأنَّ ولايتَهُ ثابتةٌ شرعاً كولايةِ التَّزويج، هذا في أمر الأطفال، أمَّا في قضاءِ الدُّيونِ والوصايا، فله ذلك، ويكون الوصيُّ أولى من الجَدِّ.

(٢) إشارةٌ إلى قوله: «ولنا أنَّ بالإيصاءِ تنتقل ولايةُ الأبِ إليه ...» إلخ.

فصل في الشهادة

وإذا شَهِدَ الوَصيَّانِ أنَّ المَيِّتَ أوصى إلى فُلانٍ مَعَهُما ، فالشَّهادةُ باطِلَةٌ، إلَّا أنْ يَدَّعِيَها المَشهودُ له وكذلك الابنانِ، ولو شَهِدا لِوارِثٍ صَغيرٍ بِشَيءٍ مِنْ مالِ المَيِّتِ أو غَيرِهِ، فَشَهادَتُهما باطلةٌ، وإنْ شَهِدَا لِوارِثٍ كبيرٍ في مالِ المَيِّتِ لم يَجُزْ، وإنْ كان في غيرِ مالِ الميِّتِ جازَ. ....

(فصل في الشهادة)

قال: (وإذا شَهِدَ الوَصيَّانِ أنَّ المَيِّتَ أوصى إلى فُلانٍ مَعَهُما ، فالشَّهادةُ باطِلَةٌ)؛ لأنَّهما مُتَّهمانِ فيها؛ لإثباتِهما مُعِيناً لأنفسِهِما، قال: (إلَّا أنْ يَدَّعِيَها المَشهودُ له)، وهذا استحسانٌ، وهو في القياس كالأوَّلِ؛ لِما بيَّنَّا من التُّهمةِ.

وجهُ الاستحسان: أنَّ للقاضي ولايةَ نَصبِ الوصيِّ ابتداءً، أو ضَمِّ آخَرَ إليهما بِرِضاه بدونِ شهادَتِهما، فَيَسقُطُ بِشَهادتِهِما مُؤْنةُ التَّعيينِ عنه، أمَّا الوِصايةُ فَتَثبُتُ بِنَصبِ القاضي.

قال: (وكذلك الابنانِ)، معناه: إذا شَهِدا أنَّ الميِّتَ أوصى إلى رجلٍ وهو يُنكِرُ؛ لأنَّهما يَجرَّانِ إلى أنفسِهِما نَفْعاً بِنَصبِ حافظٍ للتَّركةِ.

(ولو شَهِدا) يعني: الوَصيَّينِ (لِوارِثٍ صَغيرٍ بِشَيءٍ مِنْ مالِ المَيِّتِ أو غَيرِهِ، فَشَهادَتُهما باطلةٌ)؛ لأنَّهما يُظهِرانِ وِلايةَ التَّصرُّفِ لأنفسِهِما في المَشهودِ به.

قال: (وإنْ شَهِدَا لِوارِثٍ كبيرٍ في مالِ المَيِّتِ لم يَجُزْ، وإنْ كان في غيرِ مالِ المَيِّتِ جازَ)، وهذا عند أبي حنيفة. وقالا: إنْ شَهِدا لِوارِثٍ كبيرٍ تَجوزُ في الوجهين[1]؛ لأنَّه لا يَثبُتُ[2] لهما وِلايةُ التَّصرُّفِ في التَّركةِ إذا كانت الورثةُ كباراً، فَعَرِيَت عن التُّهمةِ.

---

(١) أي: تجوزُ شهادتُهما للوارث الكبير في مال الميِّت، وفي غير مالِ الميِّتِ.

(٢) أي: بهذه الشَّهادة.

وإذا شَهِدَ رجلانِ لِرَجُلَينِ على ميِّتٍ بِدَينِ ألفِ دِرهَمٍ، وشَهِدَ الآخَرانِ لِلأوَّلَينِ بِمِثْلِ ذلك، جازتْ شَهادَتُهما، وإنْ كانت شَهادَةُ كلِّ فريقٍ للآخَرِ بِوَصيَّةِ ألفِ دِرهَمٍ لم تَجُزْ. ولو شَهِدا أنَّه أوصى لِهَذَينِ الرَّجلَينِ بجارِيَتِهِ، وشَهِدَ المَشهودُ لهما أنَّ الميِّتَ أوصى للشَّاهِدَينِ بِعَبدِهِ، جازتِ الشَّهادةُ بالاتِّفاقِ. ....

وله: أنَّه يَثبُتُ لهما وِلايةُ الحِفظِ ووِلايةُ بَيعِ المَنقولِ عندَ غَيبةِ الوارثِ، فَتحقَّقتِ التُّهمةُ، بخلافِ شَهادَتِهما في غيرِ التَّركةِ؛ لانقطاعِ ولايةِ وصيِّ الأبِ عنه؛ لأنَّ الميِّتَ أقامَهُ مَقامَ نفسِهِ في تركتِهِ لا في غيرِها.

قال: (وإذا شَهِدَ رجلانِ لِرَجُلَينِ على ميِّتٍ بِدَينِ ألفِ دِرهَمٍ، وشَهِدَ الآخَرانِ لِلأوَّلَينِ بِمِثلِ ذلك، جازتْ شَهادَتُهما، وإنْ كانت شَهادَةُ كلِّ فَريقٍ للآخَرِ بِوَصيَّةِ ألفِ دِرهَمٍ لم تَجُزْ)، وهذا قولُ أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا تُقبَلُ في الدَّينِ أيضاً. وأبو حنيفة فيما ذَكَرَ الخَصَّافُ مع أبي يوسف. وعن أبي يوسف مِثلُ قولِ محمَّد.

وجهُ القَبولِ:

أنَّ الدَّينَ يَجِبُ في الذِّمَّةِ، وهي قابِلَةٌ لِحُقوقٍ شَتَّى فلا شَرِكَةَ، ولهذا لو تَبرَّعَ أجنبيٌّ بقضاءِ دَينِ أحَدِهما ليس للآخَرِ حَقُّ المُشارَكةِ.

وجهُ الرَّدِّ:

أنَّ الدَّينَ بالموتِ يَتعلَّقُ بالتَّركةِ؛ إذِ الذِّمَّةُ خَرِبَتْ بالموت، ولهذا لو استوفى أحَدُهما حقَّهُ من التَّركةِ يُشارِكُهُ الآخَرُ فيه، فكانتِ الشَّهادةُ مُثبِتَةً حَقَّ الشَّركةِ، فَتَحقَّقتِ التُّهمةُ، بخلاف حال حياةِ المَديونِ؛ لأنَّه في الذِّمَّةِ لبقائها، لا في المال، فلا تَتحقَّقُ الشَّركة.

قال: (ولو شَهِدا أنَّه أوصى لِهَذَينِ الرَّجلَينِ بجارِيَتِهِ، وشَهِدَ المَشهودُ لهما أنَّ الميِّتَ أوصى للشَّاهِدَينِ بِعَبدِهِ، جازتِ الشَّهادةُ بالاتِّفاقِ)؛ لأنَّه لا شركةَ، فلا تُهمةَ.

ولو شَهِدا أنَّه أوصى لِهَذَينِ الرَّجلَينِ بِثُلُثِ مالِه، وشَهِدَ المُشهودُ لهما أنَّه أوصى للشَّاهِدَينِ بِثُلُثِ مالِهِ، فالشَّهادةُ باطلةٌ، وكذا إذا شَهِدَ الأوَّلانِ أنَّ الميِّتَ أوصى لِهَذَينِ الرَّجلَينِ بِعَبدٍ وشَهِدَ المَشهودُ لهما أنَّه أوصى لِلأوَّلَينِ بِثُلُثِ مالِهِ، فهي باطلَةٌ.

(ولو شَهِدا أنَّه أوصى لِهَذَينِ الرَّجلَينِ بِثُلُثِ مالِه، وشَهِدَ المُشهودُ لهما أنَّه أوصى للشَّاهِدَينِ بِثُلُثِ مالِهِ، فالشَّهادةُ باطلةٌ، وكذا إذا شَهِدَ الأوَّلانِ أنَّ الميِّتَ أوصى لِهَذَينِ الرَّجلَينِ بِعَبدٍ وشَهِدَ المَشهودُ لهما أنَّه أوصى لِلأوَّلَينِ بِثُلُثِ مالِهِ، فهي باطلَةٌ)؛ لأنَّ الشَّهادةَ في هذه الصُّورةِ مُثبِتَةٌ للشَّركةِ.



كتاب الخنثى

كِتَابُ الخنثى

فصل في بيانه

وإذا كانَ لِلمَولُودِ فَرْجٌ وذَكَرٌ فهو خُنثَى، فإنْ كان يَبُولُ مِنَ الذَّكَرِ فهو غُلامٌ، وإنْ كان يَبُولُ مِنَ الفَرجِ فهو أُنثى، وإنْ بالَ منهما، فالحُكمُ لِلأسبَقِ، وإنْ كانا في السَّبقِ على السَّواءِ، فلا مُعتبَرَ بالكَثرةِ عند أبي حنيفة، وقالا: يُنسَبُ إلى أكثَرِهما بَولاً. ....

(كتاب الخنثى)

(فصل في بيانه)

قال: (وإذا كانَ لِلمَولُودِ فَرْجٌ وذَكَرٌ فهو خُنثَى، فإنْ كان يَبُولُ مِنَ الذَّكَرِ فهو غُلامٌ، وإنْ كان يَبُولُ مِنَ الفَرجِ فهو أُنثى)؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ سُئِلَ عنه كيفَ يُورَّثُ؟ فقال: «مِنْ حيثُ يَبُولُ»[1]، وعن عليٍّ رضي الله عنه مِثلُهُ[2]. ولأنَّ البولَ مِنْ أيِّ عُضوٍ كان فهو دلالةٌ على أنَّه هو العُضوُ الأصليُّ الصَّحيحُ، والآخَرُ بمنزلةِ العيب.

(وإنْ بالَ منهما فالحُكمُ لِلأسبَقِ)؛ لأنَّ ذلك دِلالةٌ أخرى على أنَّه هو العُضوُ الأصليُّ. (وإنْ كانا في السَّبقِ على السَّواءِ، فلا مُعتبَرَ بالكَثرةِ عند أبي حنيفة، وقالا: يُنسَبُ إلى أكثَرِهما بَولاً)؛ لأنَّه علامةُ قوَّةِ ذلك العُضوِ، وكونِهِ عُضواً أصليّاً، ولأنَّ للأكثَرِ حُكمَ الكلِّ في أصولِ الشَّرعِ فَيترجَّحُ بالكثرة.

---

(١) رواه ابنُ عدي في الكامل عن ابنِ عبَّاس عن رسول اللهِ ﷺ أنَّه سُئل عن مَولُودٍ وُلِد، له قُبُلٌ وذكَرٌ، من أين يُورَّثُ؟ فقال النَّبيُّ ﷺ: «من حيثُ يَبولُ». نصب الراية (٤/ ٤١٧).

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنَّفه في الفرائض، عن عليٍّ أنَّه وَرَّثَ خُنثى من حيثُ يبولُ.
ورواه ابن أبي شيبة في مصنَّفه عن مُعاوية أنَّه أتى في خنثى، فأرسلَهم إلى عليٍّ، فقال: يُورَثُ من حيثُ يَبول. نصب الراية (٤/ ٤١٧).

وإذا بَلَغَ الخُنثى وخَرَجَتْ له اللِّحيَةُ، أو وَصَلَ إلى النِّساءِ فهو رجلٌ. ولو ظَهَرَ له ثَدْيٌ كَثَدْيِ المَرأةِ، أو نَزَلَ له لَبَنٌ في ثَدْيَهِ، أو حاضَ، أو حَبِلَ، أو أمكَنَ الوُصولُ إليه من الفَرْجِ، فهو امرأةٌ، وإنْ لم يَظهَرْ إحدى هذه العلاماتِ فهو خُنْثَى مُشكِلٌ.

وله: أنَّ كثرةَ الخروجِ ليس يدلُّ على القوَّةِ؛ لأنَّه قد يكونُ لاتِّساعٍ في أحَدِهما وضِيقٍ في الآخَرِ.

وإنْ كان يَخرُجُ منهما على السَّواءِ، فهو مُشكِلٌ بالاتِّفاقِ؛ لأنَّه لا مُرجِّح.

قال: (وإذا بَلَغَ الخُنثَى وخَرَجَتْ له اللِّحيَةُ، أو وَصَلَ إلى النِّساءِ فهو رجلٌ)، وكذا إذا احتَلَمَ كما يَحتلِمُ الرَّجلُ، أو كان له ثَدْيٌ مُستَوٍ؛ لأنَّ هذه من علاماتِ الذُّكران.

(ولو ظَهَرَ له ثَدْيٌ كَثَدْيِ المَرأةِ، أو نَزَلَ له لَبَنٌ في ثَدْيَهِ، أو حاضَ، أو حَبِلَ، أو أمكَنَ الوُصولُ إليه من الفَرْجِ، فهو امرأةٌ)؛ لأنَّ هذه من علاماتِ النِّساء.

(وإنْ لم يَظهَرْ إحدى هذه العلاماتِ فهو خُنْثَى مُشكِلٌ)، وكذا إذا تَعارَضَت هذه المَعالِمُ.

فصل في أحكامه

وإذا وَقَفَ خَلْفَ الإمامِ قامَ بينَ صَفِّ الرِّجالِ والنِّساءِ، فإنْ قامَ في صَفِّ النِّساءِ فأحَبُّ إليَّ أنْ يُعيدَ صَلاتَهُ. وإنْ قامَ في صَفِّ الرِّجالِ فَصلاتُهُ تامَّةٌ، ويعيدُ الذي عن يَمينِهِ وعن يَسارِهِ والذي خَلفَهُ بِحِذائِهِ، صلاتَهُمْ احتياطاً، وأحبُّ إلينا أنْ يُصلِّيَ بِقِناعٍ، ويَجلِسُ في صَلاتِهِ جُلوسَ المرأةِ، ....

(فصل في أحكامه[1])

قال رضي الله عنه: الأصلُ في الخُنثى المُشكِلِ أن يُؤخَذَ فيه بالأحوطِ والأوثَقِ في أمورِ الدِّينِ، وأنْ لا يُحكَمَ بِثُبوتِ حُكمٍ وَقَعَ الشَّكُّ في ثُبوتِهِ.

قال: (وإذا وَقَفَ خَلْفَ الإمامِ قامَ بينَ صَفِّ الرِّجالِ والنِّساءِ)؛ لاحتمالِ أنَّه امرأةٌ فلا يَتخلَّلُ الرِّجالَ كي لا يُفسِدَ صلاتَهُم، ولا النِّساءَ؛ لاحتمالِ أنَّه رجلٌ فتفسد صلاتُهُ.

(فإنْ قامَ في صَفِّ النِّساءِ فأحَبُّ إليَّ أنْ يُعيدَ صَلاتَهُ)؛ لاحتمالِ أنَّه رجلٌ.

(وإنْ قامَ في صَفِّ الرِّجالِ فَصلاتُهُ تامَّةٌ، ويعيدُ الذي عن يَمينِهِ وعن يَسارِهِ والذي خَلفَهُ بِحِذائِهِ، صلاتَهُمْ احتياطاً)؛ لاحتمال أنَّه امرأةٌ.

قال: (وأحبُّ إلينا أنْ يُصلِّيَ بِقِناعٍ[2])؛ لأنَّه يَحتمِلُ أنَّه امرأةٌ.

(ويَجلِسُ في صَلاتِهِ جُلوسَ المرأةِ)؛ لأنَّه إن كان رجلاً فقد تَرَكَ سنَّةً، وهو جائزٌ في الجملة، وإنْ كان امرأةً فقد ارتكب مكروهاً؛ لأنَّ السَّترَ على النِّساءِ واجبٌ ما أمكن.

---

(١) لمَّا كان الغَرَضُ من ذكرِ الخُنثى مَعرِفَةَ أحكام الخنثى المُشكِلِ؛ لأنَّ غيرَ المُشكِلِ إمَّا أن يكون رجلاً أو امرأةً، وحُكمُ كلٍّ واحدٍ منهما معلومٌ، ذَكَرَ في هذا الفصل أحكامَهُ. عناية.

(٢) يعني: إذا كان مُراهقاً، وأمَّا إذا بَلَغَ بالسِّنِّ فذاك واجبٌ. عناية.

وإنْ صَلَّى بغيرِ قِناعٍ أَمَرْتُهُ أن يُعيدَ، وتُبتَاعُ له أمَةٌ تختِنُهُ إنْ كان له مالٌ، وإنْ لم يكنْ له مالٌ، ابتاعَ له الإمامُ أمَةً من بَيتِ المالِ، فإذا خَتَنَتْهُ باعَها وردَّ ثَمَنَها في بيتِ المالِ. ويُكرَهُ له في حياتِهِ لُبْسُ الحُلِيِّ والحَريرِ، وأنْ يَتكَشَّفَ قُدَّامَ الرِّجالِ، أو قُدَّامَ النِّساءِ، وأن يَخلُوَ به غيرُ مَحرَمٍ مِنْ رجلٍ أو امرأةٍ، وأنْ يُسافِرَ من غيرِ مَحرَمٍ من الرِّجالِ. وإنْ أحرَمَ وقَدْ رَاهَقَ قال أبو يوسف: لا عِلْمَ لي في لِباسِهِ، وقال محمد: يَلبَسُ لِباسَ المَرأةِ. ومَنْ حَلَفَ بِطَلاقٍ أو عتاقٍ «إنْ كانَ أوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ غلاماً» فوَلَدَتْ خُنثَى، لم يَقَعْ حتَّى يَستَبِينَ أمرُ الخُنثَى. ....

(وإنْ صَلَّى بغيرِ قِناعٍ أَمَرْتُهُ أن يُعيدَ)؛ لاحتمالِ أنَّه امرأةٌ، وهو على الاستحبابِ، وإن لم يُعدِ أجزأه.

(وتُبتَاعُ له أمَةٌ تَختِنُهُ إنْ كان له مالٌ)؛ لأنَّه يُباحُ لِمَملوكَتِهِ النَّظرُ إليه، رجلاً كان أو امرأة. ويُكرَهُ أن يَختِنَه رجلٌ لأنَّه عساهُ أنثى، أو تَختِنَهُ امرأةٌ؛ لأنَّه لعلَّه رجلٌ، فكان الاحتياطُ فيما قلنا.

(وإنْ لم يكنْ له مالٌ، ابتاعَ له الإمامُ أمَةً من بَيتِ المالِ)؛ لأنَّه أُعِدَّ لِنوائبِ المسلمين، (فإذا خَتَنَتْهُ باعَها وردَّ ثَمَنَها في بيتِ المالِ)؛ لِوُقوعِ الاستغناءِ عنها.

(ويُكرَهُ له في حياتِهِ لُبْسُ الحُلِيِّ والحَريرِ، وأنْ يَتكَشَّفَ قُدَّامَ الرِّجالِ، أو قُدَّامَ النِّساءِ، وأن يَخلُوَ به غيرُ مَحرَمٍ مِنْ رجلٍ أو امرأةٍ، وأنْ يُسافِرَ من غيرِ مَحرَمٍ من الرِّجالِ) توقِّياً عنِ احتمالِ المَحرَّمِ.

(وإنْ أحرَمَ وقَدْ رَاهَقَ قال أبو يوسف: لا عِلْمَ لي في لِباسِهِ)؛ لأنَّه إن كان ذكراً يُكرَهُ له لُبسُ المَخيطِ، وإن كان أنثى يُكرَهُ له تَرْكُه. (وقال محمد: يَلبَسُ لِباسَ المَرأةِ)؛ لأنَّ تَرْكَ لُبسِ المَخيطِ وهو امرأةٌ أفحَشُ مِنْ لُبسِهِ وهو رجلٌ، ولا شيءَ عليه لأنَّه لم يبلغْ.

(ومَنْ حَلَفَ بِطَلاقٍ أو عتاقٍ «إنْ كانَ أوَّلُ وَلَدٍ تَلِدِينَهُ غلاماً» فوَلَدَتْ خُنثَى، لم يَقَعْ حتَّى يَستَبِينَ أمرُ الخُنثَى)؛ لأنَّ الحنثَ لا يَثبُتُ بالشَّكِّ.

ولو قال: «كلُّ عبدٍ لي حُرٌّ» أو قال: «كلُّ أمَةٍ لي حُرَّةٌ» وله مَملُوكٌ خُنثَى، لم يَعتِقْ حتَّى يَستبِينَ أمرُهُ، وإنْ قال القَولَينِ جَمِيعاً عَتَقَ، وإنْ قال الخُنثَى: «أنا رجلٌ» أو «أنا امرأةٌ» لم يُقبَلْ قولُهُ إذا كانَ مُشكِلاً، وإنْ لم يكنْ مُشكِلاً يَنبغي أنْ يُقبَلَ قَولُهُ، وإنْ ماتَ قبلَ أن يَستَبِينَ أمرُهُ لم يُغَسِّلْهُ رجلٌ ولا امرأةٌ، فَيُتوقَّى لاحتمالِ الحُرمةِ ويُيَمَّمُ بالصَّعيدِ، ولا يَحضُرُ إنْ كان مُراهقاً غُسْلَ رَجلٍ ولا امرأةٍ، وإن سُجِّي قبرُهُ فهو أحَبُّ، ....

(ولو قال: «كلُّ عبدٍ لي حُرٌّ» أو قال: «كلُّ أمَةٍ لي حُرَّةٌ» وله مَملُوكٌ خُنثَى، لم يَعتِقْ حتَّى يَستبِينَ أمرُهُ)؛ لِما قلنا[1].

(وإنْ قال القَولَينِ جَمِيعاً[2] عَتَقَ)؛ لِلتَّيقُّنِ بأحدِ الوَصفَينِ لأنَّه ليس بِمُهمَلٍ[3].

(وإنْ قال الخُنثَى: «أنا رجلٌ» أو «أنا امرأةٌ» لم يُقبَلْ قولُهُ إذا كانَ مُشكِلاً)؛ لأنَّه دعوى يُخالِفُ قضيَّةَ الدَّليلِ[4]، (وإنْ لم يكنْ مُشكِلاً يَنبغي أنْ يُقبَلَ قَولُهُ[5])؛ لأنَّه أعلَمُ بحالِهِ من غيرِهِ.

(وإنْ ماتَ قبلَ أن يَستَبِينَ أمرُهُ لم يُغَسِّلْهُ رجلٌ ولا امرأةٌ)؛ لأنَّ حِلَّ الغَسلِ غيرُ ثابتٍ بين الرِّجالِ والنِّساء، (فَيُتوقَّى لاحتمالِ الحُرمةِ ويُيَمَّمُ بالصَّعيدِ)؛ لِتَعذُّرِ الغُسلِ.

(ولا يَحضُرُ إنْ كان مُراهقاً غُسْلَ رَجلٍ ولا امرأةٍ) لاحتمالِ أنَّه ذكرٌ أو أنثى.

(وإن سُجِّي قبرُهُ فهو أحَبُّ)؛ لأنَّه إن كان أنثى يُقيمُ واجباً، وإنْ كان ذكراً فالتَّسجيةُ لا تَضرُّهُ.

---

(١) إشارة إلى قوله: «لأنَّ الحِنثَ لا يَثبُتُ بالشَّكِّ». عناية.

(٢) يعني: أن يقول: «كلُّ عبدٍ لي وكلُّ أمةٍ لي فهو حُرٌّ». عناية.

(٣) يعني: أنَّه في الواقع ليس بخالٍ عن أحدِ الحالَينِ. عناية.

(٤) لأنَّه يقتضي بقاءَ الإشكالِ، وهو لا يَعلَمُ في ذلك من نفسه، خلاف ما لم يَعلَم به غيره. عناية.

(٥) إنَّما قال بلفظ «ينبغي»؛ لأنَّ حُكمَهُ غيرُ مذكورٍ فلم يُتيقَّن به. عناية.

وإذا ماتَ فَصُلِّيَ عليه وعلى رَجلٍ وامرأةٍ، وُضِعَ الرَّجلُ مِمَّا يلي الإمامَ، والخُنثَى خَلْفَهُ، والمرأةُ خَلْفَ الخُنثى، فَيُؤَخَّرُ عن الرَّجلِ، ويُقَدَّمُ على المرأةِ، ولو دُفِنَ مع رَجلٍ في قَبرٍ واحدٍ مِنْ عُذرٍ، جُعِلَ الخُنثَى خَلْفَ الرَّجلِ، ويُجعَلُ بينهما حاجزٌ من صَعيدٍ، وإنْ كان مع امرأةٍ قُدِّمَ الخُنثَى، وإنْ جُعِلَ على السَّريرِ نَعْشُ المَرأةِ فهو أَحَبُّ إليَّ، ويُكفَّنُ كما تُكفَّنُ الجاريةُ، وهو أَحَبُّ إليَّ. ولو ماتَ أبوهُ وخَلَّفَ ابناً، فالمالُ بينهما عند أبي حنيفة أثلاثاً، للابنِ سَهمانِ وللخُنثَى سَهْمٌ، وهو أنثى عندَهُ في المِيراثِ إلَّا أنْ يَتبيَّنَ غيرُ ذلك.

(وإذا ماتَ فَصُلِّيَ عليه وعلى رَجلٍ وامرأةٍ، وُضِعَ الرَّجلُ مِمَّا يلي الإمامَ، والخُنثَى خَلْفَهُ، والمرأةُ خَلْفَ الخُنثى، فَيُؤَخَّرُ عن الرَّجلِ) لاحتمال أنَّه امرأةٌ، (ويُقَدَّمُ على المرأةِ) لاحتمالِ أنَّه رجلٌ.

(ولو دُفِنَ مع رَجلٍ في قَبرٍ واحدٍ مِنْ عُذرٍ، جُعِلَ الخُنثَى خَلْفَ الرَّجلِ)؛ لاحتمال أنَّه امرأةٌ، (ويُجعَلُ بينهما حاجزٌ من صَعيدٍ، وإنْ كان مع امرأةٍ قُدِّمَ الخُنثَى) لاحتمال أنَّه رجلٌ.

(وإنْ جُعِلَ على السَّريرِ نَعْشُ المَرأةِ فهو أَحَبُّ إليَّ)؛ لاحتمالِ أنَّه عَورةٌ.

(ويُكفَّنُ كما تُكفَّنُ الجاريةُ، وهو أَحَبُّ إليَّ)، يعني: يُكفَّنُ في خمسةِ أثوابٍ؛ لأنَّه إذا كان أنثى فقد أُقيمَتْ سنَّةٌ، وإن كان ذكَراً فقد زادوا على الثَّلاثِ ولا بأس بذلك.

(ولو ماتَ أبوهُ وخَلَّفَ ابناً، فالمالُ بينهما عند أبي حنيفة أثلاثاً، للابنِ سَهمانِ وللخُنثَى سَهْمٌ، وهو أنثى عندَهُ في المِيراثِ إلَّا أنْ يَتبيَّنَ غيرُ ذلك)، وقالا: للخُنثى نِصفُ مِيراثِ ذِكَرٍ ونِصفُ مِيراثِ أنثى، وهو قولُ الشَّعبيِّ. واختلفا في قياس قوله.

قال محمد: المالُ بينهما على اثني عشرَ سَهماً، للابن سبعةٌ وللخنثى خمسة.

وقال أبو يوسف: المالُ بينهما على سبعةٍ، للابن أربعةٌ وللخنثى ثلاثةٌ؛ لأنَّ الابنَ يَستحِقُّ كلَّ الميراثِ عندَ الانفرادِ، والخُنثى ثلاثةَ الأرباع، فعند الاجتماعِ يُقسَم بينهما على قَدْرِ حقَّيهما، هذا يُضرَبُ بثلاثةٍ وذلك يُضرَبُ بأربعةٍ، فيكون سبعة.

ولمحمد: أنَّ الخُنثى لو كان ذكراً يكونُ المالُ بينهما نِصفَين، وإن كان أنثى يكون المالُ بينهما أثلاثاً، احتجنا إلى حسابٍ له نِصفٌ وثُلُثٌ، وأقل ذلك ستَّةٌ، ففي حالٍ يكونُ المالُ بينهما نصفين، لكلِّ واحدٍ ثلاثةٌ، وفي حالٍ يكونُ أثلاثاً للخُنثى سَهمانِ وللابنِ أربعةٌ، فَسَهمانِ للخُنثَى ثابتان بِيَقين، ووقَعَ الشَّكُّ في السَّهمِ الزَّائدِ، فَيُنصَّفُ، فيكون له سهمانِ ونِصفٌ، فانكسَرَ فَيُضَعَّفُ ليزول الكسرُ، فصار الحسابُ من اثني عشر، للخنثى خمسةٌ وللابن سبعة.

ولأبي حنيفة: أنَّ الحاجةَ هاهنا إلى إثباتِ المالِ ابتداءً، والأقلُّ - وهو ميراثُ الأنثى - مُتيَقَّنٌ به، وفيما زاد عليه شَكٌّ، فأثبتنا المُتيَقَّنَ قصراً عليه؛ لأنَّ المالَ لا يَجِبُ بالشَّكِّ، وصار كما إذا كان الشَّكُّ في وُجوبِ المالِ بسببٍ آخَرَ، فإنَّه يُؤخَذُ فيه بالمُتيقَّنِ، كذا هذا، إلَّا أن يكونَ نصيبُهُ الأقَلَّ لو قدَّرناه ذكراً، فحينئذٍ يُعطَى نصيبَ الابنِ في تلكَ الصُّورةِ لِكَونِهِ مُتيَقَّناً به، وهو أن تكونَ الورثةُ زَوجاً وأمَّاً وأختاً لأبٍ وأمٍّ، هي خنثى، أو امرأةً وأخوين لأمٍّ وأختاً لأبٍ وأمٍّ هي خنثى.

فعندنا في الأولى للزَّوجِ النِّصفُ، وللأمِّ الثُّلُثُ، والباقي للخنثى، وفي الثَّانية للمرأةِ الرُّبعُ وللأخوين لأمٍّ الثُّلُثُ، والباقي للخنثى، لأنَّه أقلُّ النَّصيبين فيهما.

مسائل شتى

وإذا قُرِئ على الأخرَسِ كِتابُ وصيَّتِهِ، فقيلَ لَهُ: «أنشهَدُ عليكَ بِما في هذا الكتابِ؟»، فأومَأَ بِرأسِهِ «أي: نعم»، أو كَتَبَ، فإذا جاءَ مِنْ ذلك ما يُعرَفُ أَنَّه إقرارٌ فهو جائزٌ، ولا يجوزُ ذلك في الذي يُعتَقَلُ لِسانُهُ. ....

(مسائل شتى)

قال: (وإذا قُرِئ على الأخرَسِ كِتابُ وصيَّتِهِ، فقيلَ لَهُ: «أنشهَدُ عليكَ بِما في هذا الكتابِ؟»، فأومَأَ بِرأسِهِ «أي: نعم»، أو كَتَبَ، فإذا جاءَ مِنْ ذلك ما يُعرَفُ أَنَّه إقرارٌ فهو جائزٌ، ولا يجوزُ ذلك في الذي يُعتَقَلُ لِسانُهُ).

وقال الشَّافعيُّ[1]: يجوزُ في الوجهين؛ لأنَّ المُجوِّزَ إنَّما هو العَجْزُ، وقد شَمِلَ الفَصلَينِ، ولا فَرْقَ بينَ الأصليِّ والعارضي، كالوحشيِّ والمُتوَحِّشِ مِنَ الأهليِّ في حقِّ الذَّكاةِ.

والفَرْقُ[2] لأصحابنا رَحِمَهُمُاللَّهُ أنَّ الإشارةَ إنَّما تُعتَبَرُ إذا صارت مَعهودةً معلومةً، وذلك في الأخرسِ دونَ المُعتَقَلِ لِسانُهُ، حتَّى لو امتَدَّ ذلك[3]، وصارتْ له إشاراتٌ مَعلُومةٌ قالوا: هو بِمَنزلةِ الأخرس، ولأنَّ التَّفريطَ جاءَ من قِبَلِهِ حيثُ أخَّرَ الوصيَّةَ إلى هذا الوقتِ، أمَّا الأخرسُ فلا تَفريطَ منه، ولأنَّ العارضيَّ على شَرَفِ الزَّوالِ دونَ الأصليِّ فلا يَتقاسانِ، وفي الآبدةِ عَرَفناه بالنَّصِّ.

---

(١) انظر روضة الطالبين (٦/ ١٤١).

(٢) أي: بين الأصلي والعارضي.

(٣) أي: اعتقالُ لسانِهِ،

وإذا كان الأخرسُ يَكتُبُ كتاباً، أو يُومِئُ إيماءً يُعرَفُ به، فإنَّه يَجوزُ نِكاحُهُ وطَلاقُهُ وعِتاقُهُ وبيعُهُ وشِراؤُهُ، ويُقتَصُّ له ومنه، ولا يُحَدُّ ولا يُحَدُّ له. ....

قال: (وإذا كان الأخرسُ يَكتُبُ كتاباً، أو يُومِئُ إيماءً يُعرَفُ به، فإنَّه يَجوزُ نِكاحُهُ وطَلاقُهُ وعِتاقُهُ وبَيعُهُ وشِراؤُهُ، ويُقتَصُّ له ومنه، ولا يُحَدُّ ولا يُحَدُّ له).

أمَّا الكتابةُ فلأنَّها مِمَّنْ نأى بِمَنزلةِ الخِطابِ مِمَّن دنا؛ ألا ترى أنَّ النَّبيَّ ﷺ أدَّى واجبَ التَّبليغِ مرَّةً بالعبارةِ وتارةً بالكتابةِ إلى الغُيَّبِ، والمُجوِّزُ في حقِّ الغائبِ العَجزُ، وهو في حقِّ الأخرسِ أظهَرُ وألزَمُ.

ثمَّ الكتابُ على ثلاثِ مراتب:

- مُستَبِينٌ مَرسُومٌ[1] وهو بمنزلةِ النُّطقِ في الغائبِ والحاضِرِ على ما قالوا.

- ومُستبِينٌ غيرُ مَرسومٍ، كالكتابةِ على الجدارِ وأوراقِ الأشجارِ، ويُنوَى فيه؛ لأنَّه بمنزلةِ صَريحِ الكتابةِ، فلا بدَّ من النِّيَّةِ.

- وغيرُ مُستَبِينٍ كالكتابةِ على الهواءِ والماءِ، وهو بمنزلةِ كلامٍ غيرِ مَسموعٍ، فلا يَثبُتُ به الحُكمُ.

وأمَّا الإشارةُ فَجُعِلَت حُجَّةً في حقِّ الأخرسِ في حقِّ هذه الأحكامِ[2] للحاجةِ إلى ذلك؛ لأنَّها من حقوقِ العبادِ، ولا تَختَصُّ بلفظٍ دونَ لفظٍ، وقد تَثبُتُ بدونِ اللَّفظِ[3].

والقِصاصُ حقُّ العبدِ أيضاً، ولا حاجةَ إلى الحُدودِ لأنَّها حقُّ اللهِ تعالى، ولأنَّها تَندرِئُ بالشُّبُهاتِ، ولعلَّه كان[4] مصدِّقاً للقاذِفِ فلا يُحَدُّ للشُّبهةِ، ولا يُحدُّ أيضاً بالإشارةِ في القَذفِ لانعدامِ القَذفِ صريحاً، وهو الشَّرطُ[5].

---

(١) واضحٌ مُعنوَنٌ، أي: مُصدَّرٌ بالعُنوانِ، وهو أن يَكتُبَ في صَدرِهِ «من فلانٍ إلى فلان».

(٢) أي: النِّكاح والطَّلاق والبيع والشِّراء.

(٣) أي: قد تثبتُ هذه الحقوقُ بدون لفظٍ، فقد تثبُتُ بالفعلِ، كالتَّعاطي في البيع.

(٤) أي: الأخرسُ.

(٥) أي: القذف صريحاً.

ثمَّ الفرقُ بينَ الحُدودِ والقِصاصِ أنَّ الحَدَّ لا يَثبُتُ ببَيانٍ فيه شُبهةٌ، ألا تَرَى أنَّهم لو شَهِدُوا بالوَطءِ الحَرامِ، أو أقَرَّ بالوَطءِ الحَرامِ لا يَجِبُ الحَدُّ.

ولو شَهِدُوا بالقَتلِ المُطلَقِ، أو أقَرَّ بِمُطلَقِ القَتلِ، يَجِبُ القِصاصُ وإنْ لم يُوجَدْ لفظُ التَّعمُّدِ، وهذا لأنَّ القِصاصَ فيه معنى العِوَضيَّةِ؛ لأنَّه شُرِعَ جابراً فجازَ أن يَثبُتَ مع الشُّبهةِ، كسائرِ المُعاوَضاتِ التي هي حقُّ العبدِ.

أمَّا الحدودُ الخالِصَةُ للهِ تعالى فَشُرِعَتْ زواجِرَ، وليس فيها معنى العِوَضيَّةِ، فلا تَثبُتُ مع الشُّبهةِ لِعَدَمِ الحاجةِ.

وذكَرَ في كتابِ الإقرارِ أنَّ الكتابَ مِنَ الغائبِ ليس بِحُجَّةٍ في قِصاصٍ يجبُ عليه، ويَحتمِلُ أن يكونَ الجوابُ هنا[1] كذلك[2]، فيكونُ فيهما[3] روايتان، ويُحتمِلُ أن يكونَ[4] مُفارِقاً لذلك[5] لأنَّه يُمكِنُ الوُصولُ إلى نُطقِ الغائبِ في الجُملةِ؛ لقيامِ أهليَّةِ النُّطقِ، ولا كذلك الأخرسُ لِتَعذُّرِ الوصولِ إلى النُّطقِ للآفَةِ المانِعَةِ.

ودلَّتِ المسألةُ[6] على أنَّ الإشارةَ مُعتَبَرَةٌ وإنْ كان قادراً على الكتابةِ، بخلافِ ما تَوهَّمَهُ بعضُ أصحابنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ، أنَّه لا تُعتَبَرُ الإشارةُ مع القُدرةِ على الكتابة؛ لأنَّه[7] حُجَّةٌ ضروريَّةٌ، ولا ضرورةَ[8]؛ لأنَّه[9] ....

(١) أي: في الأخرس.

(٢) أي: ليس بحُجَّةٍ.

(٣) أي: في الأخرسِ والغائبِ غيرِ الأخرس. بناية.

(٤) أي: الأخرسُ.

(٥) أي: للغائبِ.

(٦) أي: قوله: «إذا قرئ على الأخرس فأومأ ...».

(٧) أي: الإشارةُ على تأويل المذكورِ.

(٨) أي: مع وجودِ الكتابة.

(٩) أي: محمد.

وكذلك الذي صَمَتَ يوماً أو يومَينِ لِعارِضٍ، وإذا كانتِ الغَنَمُ مَذبوحَةً وفيها مَيْتَةٌ، فإنْ كانتِ المَذبوحةُ أكثرَ تَحرَّى فيها وأكَلَ، وإنْ كانتِ المَيتَةُ أكثرَ، أو كانا نِصفَينِ لم يَأكُلْ.

جَمَعَ هاهنا[1] بينهما[2] فقال: «أشار، أو كَتَبَ»، وإنَّما استَوَيا[3] لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما حُجَّةٌ ضروريَّةٌ، وفي الكتابةِ زيادةُ بيانٍ لم يُوجَدْ في الإشارةِ، وفي الإشارةِ زيادةُ أثرٍ لم يُوجَدْ في الكتابِ؛ لِما أنَّه أقرَبُ إلى النُّطقِ من آثارِ الأقلامِ فاستويا.

(وكذلك الذي صَمَتَ يوماً أو يومَينِ لِعارِضٍ)؛ لِما بيَّنَّا في المُعتَقَلِ لسانُهُ أنَّ آلةَ النُّطقِ قائمةٌ، وقيل: هذا تفسيرٌ لِمُعتَقَلِ اللِّسان.

قال: (وإذا كانتِ الغَنَمُ مَذبوحَةً وفيها مَيْتَةٌ، فإنْ كانتِ المَذبوحةُ أكثرَ تَحرَّى فيها وأكَلَ، وإنْ كانتِ المَيتَةُ أكثرَ، أو كانا نِصفَينِ لم يَأكُلْ)، وهذا إذا كانتِ الحالةُ حالةَ الاختيار.

أمَّا في حالةِ الضَّرورةِ يَحِلُّ له التَّناولُ في جميع ذلك؛ لأنَّ المَيتةَ المُتيقَّنةَ تَحِلُّ له في حالةِ الضَّرورةِ، فالتي تَحتَمِلُ أن تكونَ ذَكيَّةً أولى، غيرَ أنَّه يَتحرَّى لأنَّه طريقٌ يُوصِلُهُ إلى الذَّكيَّةِ في الجملةِ، فلا يَترُكُهُ من غيرِ ضرورةٍ.

وقال الشَّافعيُّ: لا يجوزُ الأكلُ في حالةِ الاختيارِ وإن كانتِ المَذبوحةُ أكثرَ؛ لأنَّ التَّحرِّي دليلٌ ضروريٌّ، فلا يُصارُ إليه من غيرِ ضرورةٍ، ولا ضرورةَ لأنَّ الحالةَ حالةُ الاختيارِ.

ولنا: أنَّ الغَلَبَةَ تَنزِلُ مَنزلَةَ الضَّرورةِ في إفادةِ الإباحةِ، ألا تَرَى أنَّ أسواقَ المسلمينَ لا تَخلُو عن المُحرَّمِ المَسروقِ والمَغصوبِ، ومع ذلك يُباحُ التَّناولُ اعتماداً على الغالبِ، وهذا لأنَّ القليلَ لا يُمكِنُ الاحترازُ عنه، ولا يُستطاعُ

---

(١) أي: في الجامع الصَّغير.

(٢) أي: بين الإشارةِ والكتابة.

(٣) أي: الكتابةُ والإشارةُ.

الامتناعُ منه فَسَقَطَ اعتبارُهُ دفعاً للحَرَجِ، كقليلِ النَّجاسةِ وقليلِ الانكشاف، بخلافِ ما إذا كانا نِصفَينِ أو كانتِ الميتةُ أغلَبَ؛ لأنَّه لا ضرورةَ فيه، واللهُ أعلَمُ بالصَّوابِ، وإليه المَرجِعُ والمآبُ.

وقد تمَّ الكتابُ بعونِ العزيزِ الوهَّابِ وتوفيقِهِ على يد العبد الضَّعيفِ النَّحيفِ الفقيرِ إلى غُفرانِ الرَّبِّ العَطوفِ محمدِ بن أبي القاسم بن أبي عمران السَّهركندي غَفَر اللهُ له ولوالديه ولأقربائِهِ ولأساتيذِهِ ولجميع المؤمنين والمؤمناتِ، ومتَّعَه بما وَهَبَه حامدًا لله تعالى ومصلِّياً على رسوله عليه السلام وقتَ الضَّحْوةِ يوم الخميس الرابع من شهر جمادى الأولى عظَّم اللهُ برَكَتَه في بلدِهِ بخارى، ثبَّتَ اللهُ أركانها في المدرسةِ الملكساهية، أبَّدَ اللهُ قواعِدَها، سنةَ ثلاثٍ وخمسينَ وسُتُّمائة هجريَّةٍ، اللَّهمَّ ارحم كاتِبَها وقارِئَها ومُطالبَها ومَنْ يدعو لنا بالخير ولِطَلَبَةِ العلمِ آمين.

يا إله العالمين ويا خير الناصرين.





الملحق

١- في نصب الراية (٤/ ٣٩): روي من حديث ابن عمر، ومن حديث رافع بن خديج.

أمَّا حديث ابن عمر فرواه ابن أبي شيبة، وإسحاقُ بن راهويه، والبزارُ في مسانيدهم عنه، قال: نهى رسولُ الله ﷺ أن يُباع كالئٌ بكالئٍ، يعني: ديناً بدين.

ولفظ البزار: قال: نهى رسولُ الله ﷺ عن بيع الغَرَرِ، وعن بيعِ كالئٍ بكالئٍ، وعن بيع عاجلٍ بآجلٍ، فالغَرَرُ أن تبيعَ ما ليس عندك، والكالئُ بالكالئ دينٌ بدينٍ، والعاجِلُ بالآجلِ أن يكونَ له عليك ألفُ درهم مؤجَّلٍ فَتُعجِّلُ عنها بخمسمائة.

وأمَّا حديثُ رافع بن خديج: فرواه الطبراني في معجمه، عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقَلةِ، والمُزابنة، ونهى أن يقولَ الرجلُ للرَّجل: أبيعُ هذا بِنَقدٍ، وأشتريه بنسيئةٍ، حتَّى يَبتاعَهُ، ويُحرِزَهُ، وعن كالئ بكالئ، دَينٍ بدينٍ.

٢- الحديث أخرجه الدارقطني، في كتاب الحدود والديات، برقم (٢٥٥) عن سعيد ابن المسيب. والبيهقي في الكبرى، كتاب القسامة، باب: أصل القسامة، برقم (١٦٢٢٨).

٣- أخرج أحمد (٤/ ٢٨) (١٦٨٧٥٢) عن جُبير بن مُطعِم، عن النَّبيِّ ﷺ قال: «كلّ عرفاتٍ موقفٌ، وارفعوا عن بَطنِ عُرَنَة، وكلّ مُزدلفةَ موقفٌ، وارفعوا عن مُحسِّر، وكلّ فِجاج مِنى مَنحَرٌ، وكلّ أيَّام التَّشريقِ ذَبحٌ».

٤- أخرج النسائي في الصغرى، كتاب القسامة، ذكر حديث عمرو بن حزم (٤٨٥٣) عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حَزم عن أبيه عن جدِّه: أنَّ رسول الله ﷺ كَتَب إلى أهلِ اليمن كتاباً فيه الفرائضُ والسُّننُ والدِّياتُ، وبعَثَ به مع عَمرو بن حزم، فَقُرِئت على أهلِ اليمنِ، هذه نُسختُها: مِن محمَّدٍ النَّبيِّ ﷺ إلى شُرَحبيل بن عبدِ كُلالٍ ونُعَيم بن عبد كُلالٍ والحارثِ بن عبد كُلال، قِيلَ: ذي رُعَين ومَعَافِرِ وهَمْدان، أمَّا بعد ...

وكان في كتابِهِ: أنَّ مَن اعتبَطَ مؤمناً قتلاً عن بيِّنةٍ، فإنَّه قَوَدٌ، إلاَّ أن يَرضى أولياءُ المقتولِ، وأنَّ في النَّفسِ الدِّيةَ مائةٌ من الإبل، وفي الأنفِ إذا أُوعِبَ جَدْعُهُ الدِّيةُ، وفي اللِّسان الدِّيةُ، وفي الشَّفتينِ الدِّيةُ، وفي البيضتين الدِّيةُ، وفي الذَّكرِ الدِّيةُ، وفي الصُّلبِ الدِّيةُ، وفي العَيْنَين الدِّيةُ، وفي الرِّجلِ الواحدة نصفُ الدِّيةِ، وفي المَأمومةِ ثُلُثُ الدِّية، وفي الجائفة ثُلُثُ الدِّيةِ، وفي المُنقِّلَةِ خمسَ عشَرَةَ من الإبل، وفي كلِّ أُصبعٍ من أصابعِ اليدِ والرِّجلِ عشرٌ من الإبل، وفي السِّنِّ خمسٌ من الإبل، وفي المُوضِحَةِ خمسٌ من الإبل، وأنَّ الرَّجُلَ يُقتَلُ بالمرأةِ، وعلى أهلِ الذَّهبِ ألفُ دينارٍ».



فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

فهرس الأحاديث غير القولية



تراجم الأعلام الواردة في الكتاب

- أبو بكر: محمَّدُ بن الفضل الكماري، الفضلي الحنفي المتوفى سنة «٣٨١هـ» إحدى وثمانين وثلاثمائة، من تصانيفه: الفوائد في الفقه.
- أبو جعفر محمَّد بن عبد الله بن محمد أبو جعفر البلخي الهندواني، شيخُ الحنفيَّة ببخارى في زمانه، وكان من براعته في الفقه يُلقَّب بأبي حنيفة الصغير، نسبتُهُ إلى باب هندوان، محلُّه ببلخ. اهـ شذرات الذهب (٣/ ٤١)، سير أعلام النبلاء (١٦/ ١٣١)، هدية العارفين (١/ ٤٦٨).
- أبو حفص الكبير: أحمد بن حفص، البخاري، أخذ الفقه عن محمد بن الحسن، ويوصف بالكبير بالنسبة إلى ابنه، فإنَّه يُكنَّى بأبي حفص الصَّغير، توفي سنة «٢٦٤هـ»، انظر الفوائد البهية (٣٩) رقم (١٩)، الطبقات السنية في تراجم الحنفية (١/ ١٠٣).
- أبو خازم: ايمه عبد الحميد بن عبد العزيز، كان قاضياً حنفيَّاً، أصله من البصرة، وسكن بغداد،كان ثقةً ورعاً عالماً بفنون علم الحساب والفرائض، حاذقاً في عمل المحاضر والسجلات، وكان قد أخذ العلمَ عن هلال بن يحيى البصري، توفي سنة «٢٩٢هـ»، انظر الجواهر ٢/ ٧٥٨.
- أبو سليمان موسى بن سليمان الجوزجاني، فقيه حنفي، أصله من جوزجان من كور بلخ، بخراسان.
- تفَّقه واشتهر ببغداد، عرض عليه المأمون القضاء، فقال: يا أمير المؤمنين احفَظْ حقوقَ الله في القضاء، ولا تولِّ على أمانتك مثلي، فإنِّي واللهِ غيرُ مأمونِ الغضب، ولا أرضى لنفسي أن أحكم في عباده، فأعفاه. توفي بعد سنة «٢٠٠هـ»، له تصانيف منها: السِّيَر الصغير، والصلاة. اهـ الأعلام (٧/ ٣٢٣).
- أبو عبيدة مَعمَر بن المُثنَّى من أئمَّة العلم بالأدب واللغة. مولده ووفاته في

البصرة. استقدمه هارون الرشيد إلى بغداد سنة «١٨٨هـ»، وقرأ عليه أشياءَ من كتبه. قال الجاحظ: لم يكن في الارض أعلَمَ بجميع العلوم منه.

- كان إباضيا، شُعوبياً، من حفاظ الحديث، قال ابن قتيبة: كان يبغض العرب وصنَّف في مثالبهم كتباً.
- ولمَّا مات سنة «٢٠٩هـ» لم يحضر جنازته أحد، لشدَّة نقده معاصريه. له نحو «٢٠٠هـ» مؤلَّف، منها: نقائض جرير والفرزدق، ومجاز القرآن. اهـ الأعلام (٧/ ٢٧٣).
- أبو عصمة: نوح بن أبي مريم: نوح بن يزيد ـ أبي مريم ـ بن جعونة المروزي، القرشي بالولاء، قاضي مرو. ويلقب بالجامع، لجمعه علوما كثيرة. وكان مُرجئا، مطعوناً في روايته الحديث، مات «١٧٣هـ». اهـ الأعلام (٨/ ٥١).
- أبو اللَّيث: نَصْرُ بن محمد بن أحمد بن إبراهيم السَّمرقندي، الفقيه أبو اللَّيث، المعروف بإمام الهدى، توفِّي سنة «٣٧٥هـ». اهـ الجواهر المضية.
- أبو منصور الماتريدي محمَّد بنُ محمدِ بنِ محمود، من أئمَّةِ علماءِ الكلام، نسبتُهُ إلى ماتُرِيد بسمرقند، من كتبه كتابُ التَّوحيد، وأوهامُ المعتزلة، توفِّي في سمرقند سنة «٣٣٣هـ». انظر الأعلام (٧/ ١٩)، الفوائد البهية في تراجم الحنفية (١٩٥).
- ابن أبي ليلى: محمد بن عبد الرَّحمن بن أبي ليلى يسار (وقيل: داود) ابن بلال الأنصاري الكوفي: قاضٍ، فقيهٌ، من أصحاب الرأي. ولي القضاء والحكم بالكوفة لبني أمية، ثم لبني العباس. واستمر ٣٣ سنة. له أخبار مع الإمام أبي حنيفة وغيره. مات بالكوفة «١٤٨هـ». الأعلام.
- ابن رستم: أبو بكر إبراهيم بن رستم الفقيه الحنفي، يعرف بالمروزي. توفى سنة «٢١١هـ». صنَّف النَّوادر في الفقه، كتبها عن محمد بن الحسن الشيباني. اهـ هدية العارفين.
- ابن زياد: هو الحسن بن زياد أبو علي اللُّؤلؤي مولى الأنصار، أحدُ أصحاب الإمام، رحمه الله، وهو كوفي، توفي سنة أربع ومائتين. له من الكتب: أدب

القاضي، والآمالي في الفروع، وغيرها. اهـ هدية العارفين (١/ ١٤١)، والجواهر المضية، والطبقات السَّنية.

- ابن سماعة: محمد بن سماعة بن عبيدالله بن هلال ابن وكيع بن بشر، البغدادي القاضي أبو عبد الله التميمي الحنفي، المتوفى سنة «٢٣٣هـ». من تصانيفه: (أدب القاضي). اهـ هدية العارفين.
- ابن شبرمة: أبو شبرمة عبد الله بن شبرمة الضَّبي القاضي. قال أحمد العجلي: كان عفيفاً صارماً عاقلاً يُشبه النُّسَّاك شاعراً جواداً، مات «١٤٤هـ». شذرات الذهب.
- الأوزاعي عبد الرحمن بن عمرو بن يُحمِد الأوزاعي أبو عمرو، إمام الدِّيار الشَّاميَّة في الفقه والزُّهد، وأحد الكتَّاب المترسِّلين، ولد في البقاع سنة «٨٨هـ»، ونشأ فيها، وسكن بيروت ومات فيها سنة «١٥٧هـ»، له كتاب السنن في الفقه. اهـ شذرات الذهب (١/ ٢٤١)، تهذيب الأسماء واللغات (١/ ٢٩٨) برقم (٣٥٥).
- إياس بن معاوية بن قرة المزني، أبو واثلة: قاضي البصرة، وأحد أعاجيب الدهر في الفطنة والذكاء. قيل له: ما فيك عيب غيرَ أنَّك مُعجَب!، فقال: أيعجبكم ما أقول؟ قالوا: نعم، قال: فأنا أحق أن أعجب به.
- دخل مدينة واسط فقال لأهلها بعد أيام: يومَ قدمت بلدكم عرفتُ خياركم من شراركم، قالوا: كيف؟، قال: معنا قومٌ خيارٌ أَلِفُوا منكم قوماً، وقوم شرار ألفوا قوماً، فعلمتُ أنَّ خياركم من أَلِفَه خيارُنا، وكذلك شراركم. توفي بواسط، سنة «١٢٢هـ» انظر الأعلام (٢/ ٣٣).
- تميم بن طرفة: الطائي الكوفي، من التَّابعين، مات سنة «٩٤هـ»، وقيل: «٩٥هـ». قال ابن سعد: كان ثقةً قليل الحديث، وقال الشافعيُّ: تميم بن طرفة مجهول، وقال النسائي: ثقة، ونقل عن أبي داود أنَّه ثقة مأمون. اهـ اللكنوي.
- الجرجاني: هو الفقيه أبو عبد الله المرشد، كذا في نتائج الأفكار، واسمه محمد

بن يحيى، كذا في مفتاح السعادة، والقدوري يروي عن أبي عبد الله الجرجاني. اهـ اللكنوي.

- الجصاص أبو بكر الرازي: أحمد بن علي الجَصَّاص، كان إمام الحنفيَّة في عصره. ذكره بعضهم بـ (الرازي)، وبعضهم بلفظ (الجصاص)، من تصانيفه: أحكام القرآن. توفي سنة سبعين وثلاثمائة. اهـ الفوائد البهية.
- الحاكم الشهيد: محمد بن محمد بن أحمد بن عبدالله المروزي أبو الفضل البلخي، الشَّهير بالحاكم الشَّهيد، من أكابر فقهاء الحنفيَّة، توفي شهيداً سنة «٣٣٤هـ». من تصانيفه (الغرر في الفقه) و(الكافي) في الفروع. اهـ هدية العارفين.
- الحجاج بن يوسف بن الحكم الثقفي، أبو محمد: قائد، داهية، سفاك، خطيب. ولد ونشأ في الطَّائف، وانتقل إلى الشَّام، فلحق بروح بن زنباع نائب عبد الملك بن مروان، فكان في عديد شرطته، ثمَّ ما زال يظهر حتى قلَّده عبد الملك أمرَ عسكرِهِ، وأمره بقتال عبد الله بن الزبير، فزحف إلى الحجاز بجيش كبير وقتل عبد الله وفرق جموعه، فولاه عبد الملك مكة والمدينة والطائف، ثم أضاف إليها العراق والثورة قائمة فيه، فانصرف إلى بغداد في ثمانية أو تسعة رجال على النجائب، فقمع الثورة وثبتت له الإمارةُ عشرين سنة، حتى مات سنة «٩٥هـ»، بنى مدينة واسط (بين الكوفة والبصرة). اهـ الأعلام (٢/ ١٦٨).
- الحسن البصري: هو الحسن بن يَسار البصري أبو سعيد، كان إمامَ أهل البصرة، وحَبْرَ الأمَّة في زمانه، وهو أحد العلماء الفقهاء الفصحاء الشُّجعان النُّسَّاك، ولد بالمدينة سنة «٢١هـ»، وشَبَّ في كنف عليٍّ بن أبي طالب، وسكن البصرة، وعظمت هيبته في القلوب، فكان يدخل على الولاة فيأمرهم وينهاهم لا يخاف في الله لومةَ لائم، توفي سنة (١١٠)هـ. اهـ الأعلام (٢/ ٢٢٦)، تهذيب التهذيب (١/ ٤٨١) برقم (١٤٤٩).
- الخَصَّاف: أحمد بن عمر بن مهير الشَّيباني أبو بكر البغدادي، المعروف

بالخصَّاف، الحنفي توفي سنة «٢٦١هـ». له من التَّصانيف (أحكام الوقف) و(أدب القاضي). اهـ هدية العارفين.

- الخليل بن أحمد الفراهيدي الازدي اليحمدي، أبو عبد الرحمن: من أئمة اللغة والأدب، وواضع علم العروض، أخذه من الموسيقى وكان عارفاً بها. وهو أستاذ سيبويه النَّحوي.
- ولد ومات في البصرة، وعاش فقيرا صابرا، توفي سنة «١٧٠هـ»، له كتاب العين في اللغة. اهـ الأعلام (٢/ ٣١٤).
- خُواهر زاده: محمدُ بن الحسين بنِ محمَّد بنِ الحسين البخاري، أبو بكر، الحنفيُّ، المعروف بِبَكر خواهر زاده، المتوفَّى سنة ثلاثٍ وثمانين وأربعمائة. من تصانيفه: التَّجنيس في الفروع، شرحُ أدبِ القاضي لأبي يوسف، وغيرها. اهـ هدية العارفين.
- الزعفراني: أبو عبد الله الحسن بن أحمد، الفقيه الحنفي، هو الذي رتَّب الجامع الصغير للإمام محمد.
- والزَّعفراني أيضاً هو أبو علي الحسن بن محمد بن الصباح، كان بارعاً في الفقه والحديث، ولزم الإمامَ الشَّافعيَّ حتى تبحَّر، وهو أحد رواة الأقوال القديمة عن الشافعيِّ.
- والزعفراني نسبةٌ إلى الزعفرانيَّةِ، وهي قريةٌ رقرب بغداد، والمحلَّةُ التي ببغداد تسمَّى درب الزعفراني منسوبةٌ إليه، لأنَّه أقام بتلك المحلَّةِ، كذا قال ابن خلِّكان. اهـ اللكنوي.
- الزهري: محمد بن مسلم بن عبد الله ابن شهاب الزهري، من بني زهرة بن كلاب، من قريش، أبو بكر.
- أوَّل من دوَّن الحديث، وأحدُ أكابر الحفَّاظ والفقهاء. تابعيٌّ، من أهل المدينة. نزل الشام واستقرَّ بها. وكتب عمر بن عبد العزيز إلى عماله: عليكم بابن شهاب فإنكم لا تجدون أحداً أعلَمَ بالسُّنَّة الماضية منه. توفي سنة «١٢٤هـ». انظر الأعلام (٧/ ٩٧).

- زياد بن أبي مريم، قال العجلي: تابعيٌّ ثقةٌ، وذكره ابن حبان في الثِّقات. وقال الدارقطني: زياد بن أبي مريم ثقة، وزعم البخاري أنَّ اسمه زياد بن الجرَّاح، فزياد بن أبي مريم وزياد بن الجراح رجلٌ واحدٌ، وتبعه على ذلك ابن حبان في الثِّقات، والأظهر أنَّهما اثنان، فإنَّ زيادَ بن الجراح رجل من أهل الحجاز، وزياد ابن أبي مريم من اهل الكوفة. اهـ انظر تهذيب التهذيب (٣/ ٣٣٠) رقم (٧٠١).
- زيد بن عياش، هو أبو عياش مدنيٌّ من التَّابعين، قال ابن حجر: إنَّه صدوق، وذكره مالكٌ في الموطَّأ، وقال ابن حزم: هو مجهول، وفي بعض حواشي الهداية: أنَّ أبا حنيفة لمَّا دخل بغداد قال في مناظرة وقعت بينه وبين أهل: إنَّ زيد بن عيَّاش ممَّن لا يُقبل حديثُه، واستُحسِنَ هذا الطَّعنُ من أهل الحديث، حتى قال ابن المبارك: كيف يقالُ: إنَّ أبا حنيفة رحمه الله لا يعرف الحديث، وهو يقول: إنَّ زيدَ بنَ عيَّاش ممن لا يُقبل حديثُهُ، وقال ابن الجوزي: قال أبو حنيفة: زيد أبو عياش مجهول، فإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمَّةُ النَّقل. اهـ اللكنوي.
- سعيد بن جبير الأسدي، بالولاء، الكوفي، أبو عبد الله، تابعيٌّ، كان أعلَمَهم على الإطلاق. أخذ العلم عن عبد الله بن عباس وابن عمر. ثمَّ كان ابن عباس، إذا أتاه أهل الكوفة يستفتونه، قال: أتسألونني وفيكم ابن أمِّ دهماء؟ يعني: سعيداً، قتله الحجَّاج سنة «٩٥هـ». اهـ الأعلام.
- سعيد بن المسيِّب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي، أبو محمد: سيِّدُ التَّابعين، وأحد الفقهاء السَّبعة بالمدينة. جمع بين الحديث والفقه والزُّهد والورع، وكان يعيش من التَّجارة بالزيت، لا يأخذ عَطاءً. وكان أحفَظَ النَّاس لأحكام عمر بن الخطَّاب وأقضيته، حتَّى سُمِّي راوية عمر. توفي بالمدينة «٩٤هـ». اهـ الأعلام.
- شريح: هو شُرَيح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، أبو أمية، من أشهر القضاة الفقهاء في صدر الإسلام. أصله من اليمن. ولي قضاء الكوفة، في زمن

عمر وعثمان وعلي ومعاوية. واستعفى في أيَّام الحجاج، فأعفاه. وكان ثقة في الحديث، مأمونا في القضاء، له باع في الأدب والشعر. وعمَّر طويلاً، ومات بالكوفة سنة «٧٨هـ». اهـ الأعلام.

- الشعبي: عامر بن شُراحيل الشَّعبيُّ الحِمْيري أبو عمرو، تابعيٌّ جليلُ القدر وافرُ العلم، يُضرَب المَثلُ بحفظه، سُئِل عمَّا بلغ إليه حفظه، فقال: ما كتبتُ سوداء في بيضاء ولا حدَّثني رجل بحديث إلا حفظته. استقضاه عمر بن عبد العزيز، وكان فقيهاً شاعراً، توفِّي بالكوفة سنة (١٠٣)هـ. اهـ الأعلام (٣/ ٢٥١)، تهذيب التهذيب (٣/ ٤٦) برقم (٣٤٨٤).
- السَّرَخسي: محمَّد بن أحمد بن سهل، أبو بكر، شمسُ الأئمَّة. قاضٍ، من كبار الأحناف، مجتهد، من أهل سَرَخس في خُراسان. أشهرُ كتبه (المبسوط) في الفقه والتَّشريع، ثلاثون جزءاً، أملاه وهو سَجين بالجُبِّ في أوزجند بِفَرغانة، وهو شرحُ الكافي للصَّدر الشهي. ،توفِّي سنة ثلاث وثمانين وأربعمائة. اهـ الأعلام (٥/ ٣١٥) هدية العارفين (١/ ٤٨٣).
- الطَّحاوي: أحمد بنُ محمدِ بنِ سَلامة بنِ سَلَمة الأزدي الطَّحاوي، أبو جعفر: فقيهٌ انتهت إليه رياسةُ الحنفيَّة بمصر. وُلِد ونشأ في (طحا) من صعيد مصر، وتفَقَّه على مذهب الشَّافعيِّ، ثمَّ تَحوَّل حنفيّاً، توفي بالقاهرة سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة. من أشهر تصانيفه: شرح معاني الآثار في الحديث، ومُشكِلُ الآثار. اهـ هدية العارفين (١/ ٣١).
- عيسى بن أبان بن صدقة، أبو موسى: قاض من كبار فقهاء الحنفية. كان سريعا بإنفاذ الحكم، عفيفا. ولي القضاء بالبصرة عشر سنين، وتوفي بها سنة «٢٢١هـ»، له كتب، منها: إثبات القياس، واجتهاد الرأي. اهـ الأعلام (٥/ ١٠٠).
- فخر الإسلام: علي بن محمد بن عبد الكريم بن موسى البزدوي فخر الإسلام، أبو الحسن، الفقيه الحنفي. توفي بسمرقند سنة «٤٨٢هـ». من تصانيفه: (كنز الوصول إلى معرفة الأصول). اهـ هدية العارفين.

- القدوري أحمد بن محمد بن أحمد، أبو الحسين القدوري، انتهت إليه رئاسة الحنفية في العراق، توفي سنة «٤٢٨هـ»، من تصانيفه المختصر المعروف باسمه (القدوري) في الفقه الحنفي اهـ الأعلام (١/ ٢١٢).
- الكرخي أبو الحسن: عُبيدُ الله بن الحسن بن دلال، الكرخيُّ البغداديُّ الفقيهُ الحنفيُّ، توفي ببغداد سنة أربعين وثلاثمائة. من تصانيفه: الجامعُ الصَّغير في الفروع، الجامعُ الكبير كذا، وغير ذلك. اهـ هدية العارفين.
- محمد بن مقاتل الرَّازي الحنفيُّ من أصحاب محمد بن الحسين الشيباني، توفي سنة «٢٤٢هـ» صنف (كتاب المدِّعي والمدَّعى عليه).
- إبراهيم النَّخعي: إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود، أبو عمران النَّخعي. من أكابر التابعين صلاحاً وصدقَ روايةٍ وحفظاً للحديث. من أهل الكوفة. مات مختفياً من الحجاج «٩٦هـ». قال فيه الصَّلاح الصَّفدي: فقيه العراق، كان إماماً مجتهداً له مذهب، ولمَّا بلغ الشَّعبيَّ موته، قال: (والله ما ترك بعده مثله). اهـ الأعلام.
- هلال بن يحيى بن مسلم البصري: فقيه من أعيان الحنفية. من أهل البصرة، لقِّب بالرأي لِسَعةِ علمِهِ وكثرةِ أخذِهِ بالقياس. له كتاب في الشُّروط، توفي سنة «٢٤٥هـ»، انظر الأعلام (٨/ ٩٢).





فهرس المصادر المراجع

١- الأعلام للزركلي/ ط دار العلم للملايين.

٢- الأم للشَّافعي/ ط دار الوفاء «١٤٣٢هـ - ٢١١م»، تحقيق: د رفعت فوزي عبد المطلب.

٣- البناية شرح الهداية/ الطبعة الأولى دار الفكر.

٤- بغية السالك لأقرب المسالك/ فقه مالكي، ط عيسى بابي الحلبي.

٥- التعريفات للجرجاني/ دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، «١٤٠٥هـ» تحقيق: إبراهيم الأبياري.

٦- تبيين الحقائق للزيلعي/ الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، «١٣١٣هـ».

٧- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي/ المكتبة السلفية، المدينة المنورة، الطبعة الثانية «١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م» تحقيق: عبد الوهاب بن عبد اللطيف.

٨- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير/ دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى «١٤١٩هـ - ١٩٨٩م».

٩- الجواهر المضية في تراجم الحنفية/ تحقيق: د عبد الفتاح محمد الحلو.

١٠- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل/ فقه مالكي، ط عيسى بابي الحلبي.

١١- الحاوي في فقه الشافعي للماوردي/ دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى «١٤١٤هـ - ١٩٩٤م».

١٢- حاشية ابن عابدين.

١٣- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير/ فقه مالكي، ط عيسى بابي الحلبي.

١٤- حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح/ ط: الكتب العلمي.

١٥- حاشيتا قليوبي وعميرة/ فقه شافعي، ط دار الفكر.

١٦ - حلية الأولياء/ دار الكتاب العربي، بيروت: الطبعة الرابعة «١٤٠٥هـ».

١٧ - الدراية في تخريج أحاديث الهداية/ دار المعرفة، بيروت، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني.

١٨ - روضة الطالبين وعمدة المفتين/ فقه شافعي/ دار الكتب العلمية، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود - علي محمد معوض.

١٩ - السنن الصغرى للبيهقي.

٢٠ - السنن الكبرى للبيهقي وفي ذيله الجوهر النقي/ مجلس دائرة المعارف النظامية الكائنة في الهند ببلدة حيدر آباد/ الطبعة: الأولى - «١٣٤٤هـ».

٢١ - سنن أبي داود/ دار الفكر/ تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد.

٢٢ - سنن ابن ماجه/ دار الفكر، بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.

٢٣ - سنن الترمذي/ دار إحياء التراث العربي - بيروت/ تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون.

٢٤ - سنن الدارقطني/ دار المعرفة، بيروت، «١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م» السيد عبد الله هاشم يماني المدني.

٢٥ - سنن الدارمي/ دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى «١٤٠٧هـ» تحقيق: فواز أحمد زمرلي، خالد السبع العلمي.

٢٦ - سنن النسائي الصغرى/ مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب/ الطبعة الثانية، «١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م»/ تحقيق: عبدالفتاح أبو غدة.

٢٧ - سنن النسائي الكبرى/ دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى «١٤١١هـ - ١٩٩١م»، تحقيق: د. عبد الغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن.

٢٨ - الشَّرح الكبير، فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي/ فقه شافعي، ط دار الفكر.

٢٩ - شرح لباب المناسك للشيخ علي القاري/ مؤسسة الريان، تحقيق محمد طلحة منيار، «١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م».

٢٠- شرح مختصر خليل للخرشي/ فقه مالكي، ط: دار صادر.

٢١- شعب الإيمان للبيهقي/ دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ، تحقيق: محمد السعيد بسيوني زغلول.

٢٢- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان/ مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، تحقيق: شعيب الأرنؤوط.

٢٣- صحيح ابن خزيمة/ المكتب الإسلامي، بيروت، ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م، تحقيق: د. محمد مصطفى الأعظمي.

٢٤- صحيح البخاري/ دار ابن كثير، اليمامة - بيروت/ تحقيق: د. مصطفى ديب البغا أستاذ الحديث وعلومه في كلية الشريعة - جامعة دمشق.

٢٥- صحيح مسلم/ دار إحياء التراث العربي - بيروت/ تعليق محمد فؤاد عبد الباقي.

٢٦- العناية شرح الهداية للبابرتي/ بهامش فتح القدير، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية ١٣١٦هـ.

٢٧- عون المعبود شرح سنن أبي داود/ دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية.

٢٨- فتح القدير شرح الهداية/ الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية ١٣١٦هـ.

٢٩- الفوائد البهية في تراجم الحنفية/ دار المعرفة،بيروت.

٤٠- كشف الظنون/ دار إحياء التراث، بيروت.

٤١- اللباب شرح الكتاب للغنيمي/ مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، الطبعة الرابعة ١٣٨٣هـ - ١٩٦٣م.

٤٢- لسان العرب/ دار صادر، بيروت الطبعة الأولى.

٤٣- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد/ دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٤٤- المجموع للنووي/ فقه شافعي، دار الفكر، ١٤٣٢هـ - ٢٠١٠م، تحقيق: د. محمود مطرجي.

٤٥ – المدونة الكبرى للإمامِ مالك، برواية سحنون عن أبي القاسم، ط: دار الفكر.
٤٦ – المراسيل لأبي داود/ مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى «١٤٠٨هـ»، تحقيق: شعيب الأرناؤط.
٤٧ – مراقي الفلاح/ دار الدقاق، دمشق، تحقيق: عبد السلام شنار.
٤٨ – المستدرك على الصحيحين للحاكم مع تعليقات الذهبي في التلخيص، ط: دار المعرفة.
٤٩ – مسند الإمام أحمد / عالم الكتب - بيروت/ الطبعة: الأولى، «١٤١٩هـ - ١٩٩٨م».
٥٠ – مسند أبي يعلى/ دار المأمون للتراث، دمشق، الطبعة الأولى، «١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م»، تحقيق: حسين سليم أسد.
٥١ – المصباح المنير للفيومي/ المكتبة العلمية، بيروت.
٥٢ – مصنف ابن أبي شيبة/ مكتبة الرشد، الرياض، تحقيق: كمال يوسف الحوت.
٥٣ – مصنف عبد الرزاق/ المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، «١٤٠٣هـ» تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي.
٥٤ – مفتاح السعادة لطاش كبرى زاده/ ط: الكتب العلمية.
٥٥ – المعجم الأوسط - الطبراني/ دار الحرمين - القاهرة، ١٤١٥/ تحقيق: طارق ابن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني.
٥٦ – المعجم الصغير - الطبراني/ لمكتب الإسلامي، دار عمار - بيروت، عمان/ الطبعة الأولى، «١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م» تحقيق: محمد شكور محمود الحاج أمرير.
٥٧ – المعجم الكبير - الطبراني مكتبة العلوم والحكم - الموصل الطبعة الثانية، «١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م» تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد السلفي.
٥٨ – المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي/ مكتبة أسامة بن زيد، حلب، الطبعة

الأولى، «١٩٧٩م»، تحقيق: محمود فاخوري وعبدالحميد مختار.
٥٩ - المغني لابن قدامة، ط مكتبة القاهرة.
٦٠ - مغني المحتاج شرح المنهاج/ فقه شافعي، ط دار الفكر.
٦١ - المنتقى للباجي شرح الموطأ، طبع مطبعة السعادة.
٦٢ - موطأ مالك/ رواية محمد بن الحسن/ دار القلم: دمشق الطبعة: الأولى «١٤١٣هـ - ١٩٩١م»، تحقيق: د. تقي الدين الندوي أستاذ الحديث الشريف بجامعة الإمارات العربية المتحدة.
٦٣ - موطأ مالك/ رواية يحيى الليثي/ دار إحياء التراث العربي: مصر، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
٦٤ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل/ فقه مالكي، دار الفكر، الطبعة الثالثة «١٤١٢هـ - ١٩٩٣م».
٦٥ - نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي/ مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى «١٤١٨هـ - ١٩٩٧م» تحقيق: محمد عوامة.
٦٦ - النهاية في غريب الحديث والأثر/ المكتبة العلمية - بيروت، «١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م»، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى - محمود محمد الطناحي.
٦٧ - نهاية المحتاج/ فقه شافعي، ط مصطفى بابي الحلبي.
٦٨ - هدية العارفين/ دار إحياء التراث، بيروت.
٦٩ - الوسيط في المذهب/ فقه شافعي، ط: دار السلام، الطبعة الأولى «١٤١٧هـ - ١٩٩٧م»، تحقيق: محمد محمد تامر، وأحمد محمود.





فهرس الموضوعات

